

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ACTION "AD EXHIBENDUM"

EN DROIT MODERNE

ESSAI SUR LE DROIT A LA PREUVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le Samedi 27 Mai 1922, à 14 heures

PAR

ÉMILE DEMONTÈS

Lauréat de la Faculté de Droit d'Alger.

(1^{er} et 2^e Prix de Droit civil, 2^e Prix de Droit criminel).

Président : M. DEMOGUE, professeur.

Suffragants { M. LEVY-ULLMANN, professeur.
 { M. HUGUENEY, professeur.

BEAUGENCY
IMPRIMERIE R. BARRILLIER

1922

L'ACTION “ AD EXHIBENDUM ”

EN DROIT MODERNE

ESSAI SUR LE DROIT A LA PREUVE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ACTION "AD EXHIBENDUM"

EN DROIT MODERNE

ESSAI SUR LE DROIT A LA PREUVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le Samedi 27 Mai 1922, à 14 heures

PAR

ÉMILE DEMONTÈS

Lauréat de la Faculté de Droit d'Alger.

(1^{er} et 2^e Prix de Droit civil, 2^e Prix de Droit criminel).

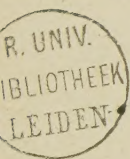
Président : M. DEMOGUE, professeur.

Suffragants { *M. LEVY-ULLMANN, professeur.*
M. HUGUENEY, professeur.

BEAUGENCY

IMPRIMERIE R. BARRILLIER

1922





Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON ONCLE EMILE JAMAIS

Avocat à la Cour d'appel de Paris,
Docteur en Droit, Député du Gard,
Ancien Sous-Secrétaire d'Etat aux Colonies.

A MES PARENTS

HOMMAGE D'AFFECTION ET DE RESPECT.

Nous devons des remerciements particuliers

à M. DEMOGUE, professeur à la Faculté de Droit de Paris,
qui nous a fait l'honneur de nous aider de ses
conseils et de diriger nos recherches ;

à M. MORAND, doyen de la Faculté de Droit d'Alger,
pour les précieux renseignements qu'il a bien
voulu nous communiquer sur le droit musul-
man.

à M. S. LESSONA, professeur à l'Université de Pise,
pour l'aimable obligeance avec laquelle il nous
a procuré la brochure de son père regretté
sur l'*Azione esibitoria*.

Qu'ils veuillent bien trouver ici l'expression de notre
reconnaissance respectueuse,

INTRODUCTION

Dans l'immensité du domaine juridique, la matière des Preuves occupe une place à part ; ses règles dominent toutes les solutions positives du Droit ; elle n'appartient exclusivement ni au droit civil, ni à la procédure, ni à la théorie, ni à la pratique ; mais elle touche aux deux domaines à la fois, et son action est sensible dans chacun d'eux. Nulle question n'est plus théorique, et pour être bien exposée, elle nécessite de fréquents appels à la philosophie, notamment à la logique ; aucune cependant n'est plus pratique dans son application, puisqu'elle règle la façon dont les droits peuvent être établis, en justice ou autrement, et par suite peuvent être réalisés. Or, comme l'a dit Ihering, se réaliser est le but du droit ; on ne comprend pas un droit qui n'implique pas au bénéfice de son titulaire l'existence d'une prérogative quelconque à exercer sur une ou plusieurs personnes, on ne comprend pas non plus que le titulaire ne cherche pas à obtenir en fait l'avantage qui lui est reconnu, et l'on peut dire qu'un droit qui ne se réalise pas est bien près de l'inexistence. Mais en lui-même le droit, c'est-à-dire la possibilité sanc-

tionnée par la Loi d'obtenir un avantage matériel, est chose purement théorique et abstraite ; c'est une entité, une notion pure dont l'existence ne peut être pratiquement décelée que par l'intermédiaire du fait qui lui a donné naissance. Tous les droits proviennent d'un fait quelconque, volontaire ou non, auquel la Loi a attaché la puissance de créer des rapports juridiques. Lorsqu'une contestation s'élève entre le titulaire du droit et celui ou ceux qui y sont assujettis, il faut établir la réalité de ce rapport et ce n'est que par la preuve, c'est-à-dire par la constatation positive du fait, que l'on y arrivera. La preuve juridique ne peut donc jamais intervenir que postérieurement au fait qui a donné naissance au droit ; elle se rapproche par là de la preuve historique qui, elle aussi, s'applique aux choses passées, elle s'écarte au contraire à ce point de vue de la preuve scientifique, à laquelle les possibilités de l'expérimentation donnent une place à part. Bien souvent d'ailleurs l'opération de la preuve juridique est grandement facilitée, lorsque les parties ont pris soin d'établir ce qu'on appelle des preuves préconstituées, le mot preuve étant alors pris dans le sens d'élément matériel servant à cette opération. Ces preuves préconstituées seront la plupart du temps des documents, des instruments quelconques, dans lesquels les intéressés auront tenu à constater, au moment même où il se produisait, l'événement qui a donné naissance au droit.

Mais de toute manière lorsqu'il s'élèvera une discussion dans laquelle les parties ne pourront pas se mettre d'accord, il faudra avoir recours au juge, représentant de la puissance publique, chargé d'être l'arbitre entre les individus. C'est au juge que, en définitive, chaque

partie devra prouver ses prétentions ; et comme l'esprit de l'homme peut toujours douter dès qu'il s'agit d'établir la réalité de quelque chose qui n'a pas d'existence positive, la preuve sera seulement l'acte par lequel le plaignant cherchera à créer dans l'esprit du juge une conviction plus grande en sa faveur que celle qui peut exister en faveur de son adversaire. Prouver nous apparaît ainsi comme une opération purement relative et contingente, qui semblerait devoir échapper à l'emprise de la Loi.

Toutefois, le besoin d'une certitude, la nécessité d'une base stable dans les relations juridiques ont amené le législateur à fixer la force probante de certains moyens de preuve, à donner des valeurs relatives déterminées à chacun des modes employés ; tel est l'objet d'une partie importante de la théorie des preuves qui est énoncée dans le Code civil ; c'est par là que cette théorie rejaillit sur chaque droit considéré individuellement, puisque, s'il est dépourvu de preuves, leur titulaire ne pourra pas tirer parti des prérogatives qui lui sont conférées, et s'il ne possède que des preuves insuffisantes, il lui sera fort difficile de faire triompher ses prétentions. Dans toute affaire d'ailleurs, quelle qu'elle soit, la grave question qui se pose est toujours celle de la preuve. Comment prouver telle affirmation ? Comment établir la vérité sur tel point ? Enfin, qui doit prouver ?

L'administration des preuves est dominée aujourd'hui encore, par le principe romain, que reconnaissent d'ailleurs toutes les autres législations : *Actori incumbit onus probandi*. Ce principe qui met à la charge du demandeur l'obligation de prouver ses prétentions est le premier qui se présente rationnellement à l'esprit,

L'état de fait est présumé conforme à l'état de droit (1); c'est une nécessité de sécurité et de stabilité dans les relations sociales, une inertie comparable à celle qui existe en mécanique.

Mais il ne s'agit pas ici de discuter ce principe, ce qu'il faut chercher c'est son domaine d'application, déterminer le contenu exact de ces mots qu'une concision extrême de la formule dote peut-être d'une valeur trop générale. Or c'est justement à ce point de vue que les doctrines diffèrent. Doit-on entendre cette règle avec un sens absolu, ou lui apporter des tempéraments ? Faudra-t-il admettre que la personne qui vient se plaindre est obligée de faire une preuve complète de son droit et qu'elle doit seule se procurer les preuves matérielles pour les présenter ? Faut-il penser au contraire, qu'il suffira qu'elle établisse une certaine présomption en sa faveur, et qu'elle pourra ensuite obtenir que son adversaire ait à répondre substantiellement à ses prétentions en présentant les choses et documents qu'elle détient, sans pouvoir se renfermer constamment dans la position privilégiée que la Loi lui reconnaît ?

Si nous adoptons la première hypothèse, la preuve nous apparaît comme une œuvre purement individuelle, restreinte aux forces d'une personne, et ces forces sont d'autant plus limitées, que, toute contestation privée mettant en présence au moins deux principaux intéressés, l'autre partie aura tout intérêt à ce que la preuve de son adversaire soit le moins facile possible. En tout cas on ne saurait nullement contraindre la partie adverse

(1) Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 351 et s.

à faire quoi que ce soit pour la preuve de l'autre plaideur ; encore moins autoriser le plaignant à forcer un tiers, étranger à la discussion, à lui fournir des documents susceptibles de favoriser ses prétentions. S'il y a communication, elle ne peut être que volontaire, jamais elle ne sera obtenue contre la volonté de la partie, et surtout contre celle des tiers. C'est le régime du pur individualisme, la même prétention qui vient de succomber avec le premier peut triompher avec un second, l'incertitude sur la vérité des jugements étant complète ; la mauvaise foi peut trouver d'injustes récompenses, pourvu que celui qui s'en est rendu coupable soit juridiquement dans une position plus forte que son adversaire. C'est un régime qui tend à consacrer la force non le droit, et l'on peut vraiment craindre que l'impossibilité de prouver ne rende inutile le droit lui-même.

Si, au contraire, la deuxième hypothèse est admise, l'individualisme trop rigoureux se tempère, il y a une véritable collaboration à la preuve ; celle-ci n'est plus seulement l'affirmation d'une prétention individuelle, elle tend à devenir l'affirmation de la vérité en elle-même. C'est là une conception plus sûre, plus féconde dans ses résultats, pourvu toutefois qu'on sache la maintenir dans de justes limites. Il nous paraît en effet que les mots nous font image lorsqu'ils nous présentent le procès exclusivement comme un duel entre les deux parties et celles-ci comme des adversaires. Assurément il en reste et en restera toujours quelque chose, mais il ne faut pas se laisser prendre aux mots : la vieille conception du combat judiciaire, présente encore dans certains termes de la langue, a disparu dans la réalité des faits depuis que la puissance publique, peut imposer

par la force la décision qui tranche le conflit. Pourquoi la preuve serait elle toujours aussi individualiste ? Au fur et à mesure que la société prend mieux conscience de son rôle, elle cherche à faire plus strictement respecter les décisions de la Justice ; le meilleur moyen qu'elle ait pour cela, c'est de faire que les jugements soient le plus possible conformes à la Morale et à la Vérité ; et comme la recherche de la vérité est intimement liée à l'administration des preuves, il semble illogique que les individus soient laissés seuls et isolés pour accomplir cette tâche extrêmement lourde (1). On peut dire que du moment que la Loi nous reconnaît un droit, un avantage qu'elle attache à notre personnalité, elle doit nous donner en même temps le moyen de l'exercer matériellement, en d'autres termes chaque droit qui nous appartient est doublé d'un droit à sa preuve.

C'est l'étude de ce droit à la Preuve que nous avons l'intention de faire. Elle nous permettra de déterminer la part qui revient à l'individu et celle qui revient à la société dans l'opération de la preuve. Pour ce travail qui n'a point eu, que nous sachions, de précédents en droit français, dans la forme générale où nous l'entreprenons, il nous a paru que le meilleur était de rechercher d'abord les applications pratiques. C'est particulièrement dans cette intention que nous étudierons l'action *ad exhibendum* en droit moderne. On sait que

(1) Sont-ils d'ailleurs laissés constamment seuls ? Assurément non : différentes institutions créent une obligation de collaborer à la preuve d'autrui : pour les tiers c'est l'enquête civile, pour les parties l'interrogatoire sur faits et articles, l'expertise, la descente sur les lieux.

cette action à Rome avait pour but de permettre à un individu de contraindre une autre personne à lui présenter une chose sur laquelle il croyait avoir une prétention ; par là on évitait d'avoir à fournir des preuves que le jeu même de la technique du droit romain rendait absolument impossible (1).

Il ne faudrait cependant pas chercher ici une étude de procédure ; aussi bien la procédure est-elle dominée par des règles extrêmement précises, et aucune règle positive nouvelle n'est-elle nécessaire pour organiser l'action *ad exhibendum* en France, les dispositions de notre droit suffisent à tout expliquer. Ce que nous poursuivons c'est la théorie même de l'action en tant qu'elle représente la mise en œuvre du droit à la preuve.

L'exercice d'une action en exhibition de choses ou de documents a surtout pour but, en effet, de préparer la preuve d'un droit principal. Si par conséquent nous pouvons en déterminer les conditions actuelles d'application, nous serons mieux en mesure de délimiter le domaine du principe *Actori incumbit onus probandi*. Il se présente des cas où l'on ne peut se contenter des règles purement individualistes qui prétendent ne faire de la Justice qu'un organe impersonnel et ne voient dans le débat civil que le vieil aspect du combat entre

(1) L'action *ad exhibendum* est caractérisée par la production contrainte et forcée d'une chose étrangère encore à tout débat judiciaire. Par là elle se distingue de la communication de pièces. Nous reviendrons sur ce point dans la deuxième partie, et nous montrerons la différence très certaine des deux opérations, et comment la Jurisprudence française a passé de l'une à l'autre.

deux personnes. Si vraiment le juge doit dire le droit, il faut lui en reconnaître le moyen. En matière criminelle, la Justice a reçu la mission de veiller aux intérêts de la société et elle est vraiment agissante. Nous ne saurions nier qu'il y ait une différence importante entre cette situation et celle de la justice civile : alors que l'intérêt collectif est directement en jeu dans la première et permet d'obliger quiconque à collaborer à la preuve (perquisitions), la seconde nous paraît à première vue ne s'occuper que d'intérêts individuels. Mais c'est encore là une simple apparence : il n'est pas besoin de pousser bien loin l'étude d'un procès civil pour s'apercevoir qu'il n'y a pas seulement deux intérêts privés en jeu, l'intérêt collectif aussi est engagé. Tout le monde a intérêt à ce que la vérité soit solennellement reconnue. En lui-même le jugement est une décision, émanant d'une autorité publique, dans laquelle sont précisées les situations respectives des parties et qui détermine de quel côté était le droit. Il doit être, autant que cela est possible, un symbole de vérité. Or les prétentions de l'individu ne vont guère plus loin que son intérêt personnel et l'intérêt social le touche peu ; il faut donc en assurer le respect. Nous quittons ainsi le domaine étroit de la conception individualiste du droit pour entrer dans les larges espaces ouverts aux idées solidaristes et morales, à une conception sinon contraire au moins opposée à la première.

Malheureusement ces larges espaces ont des limites bien imprécises et ce n'est point sans danger que l'on s'aventure dans leur inconnu. Ils représentent la terre promise, le but de toutes les aspirations généreuses, mais leur tableau attrayant cache souvent des pièges et

des déceptions. C'est alors que commence la lourde tâche d'éviter les uns et de remédier aux autres, tâche d'autant plus difficile qu'à chaque pas la situation se complique. Il faut toujours craindre que, le principe équitable, une fois admis, ne dégénère en pratiques dangereuses pour ceux-là même qu'on voulait protéger ; il faut empêcher que des recherches ou des perquisitions provoquées par la méchanceté ou la simple curiosité ne transforment en abus révoltants les pratiques inspirées par une conception vraiment plus haute de la Morale sociale : il faut enfin, en faisant entrer dans l'édifice ancien cette pièce nouvelle, éviter qu'il n'y ait trop d'ébranlements dans la construction entière.

A cette œuvre l'étude de l'action *ad exhibendum* a paru le mieux répondre. Historiquement en effet cette action nous montre la lutte des principes individualistes et solidaristes : chaque fois que les premiers triomphent, le domaine de l'action se rétrécit ; lorsque, au contraire, on part d'idées purement sociales, son champ d'application s'élargit démesurément. Même dans le droit le plus individualiste, on voit de temps en temps apparaître des manifestations de la conception opposée, cela nous indique déjà que le droit à la Preuve a une existence nécessaire et correspond à une véritable « constante du droit ». En lui-même, c'est la conciliation des deux tendances extrêmes que nous voudrions opérer.

L'intérêt pratique du problème est évident : tout ce qui facilite la preuve aura dans les faits une répercussion très étendue, puisqu'il n'est pas de droit qui échappe aux nécessités de la preuve. En outre, on parle à notre époque de la renaissance du formalisme : tout un

mouvement se produit qui tend à faire dépendre les droits de l'observation de formes très simples, notamment de la rédaction d'un document écrit ; c'est une conséquence de la tendance générale vers la publicité des rapports juridiques. Les progrès de l'instruction d'une part, la forme administrative impersonnelle que prennent les affaires d'autre part, tout conduit de nos jours à ce formalisme atténué. De quel intérêt nous apparaît alors une voie de droit qui permet aux parties d'obtenir les documents nécessaires à leur preuve ? Surtout si l'on songe que tous ces instruments nouveaux que la vie crée sans cesse, bordereaux, livres de comptes, notes, demandes, récépissés, lettres missives etc... ne présentent pas les caractères juridiques indispensables pour être soumis aux procédures exceptionnellement organisées par nos Codes pour sanctionner le droit à la preuve, comme par exemple la procédure du compulsoire.

Avec l'éloignement progressif de la Codification dans le temps, l'interprète n'est plus assujéti à une rigoureuse analyse logique des articles du Code ; bien des usages ont pris naissance, bien des théories se sont fondées qui ne se rattachent que d'assez loin aux dispositions de la Loi, et cependant nul ne conteste aujourd'hui la valeur positive de telle ou telle coutume jurisprudentielle qui répond à un besoin certain. Si, pour employer un mot célèbre, « les droits ne sont que des intérêts juridiquement protégés », lorsque l'intérêt est certain et important, la protection juridique ne saurait tarder à s'étendre jusqu'à lui et à le transformer en droit. A défaut de principe légal, c'est en comparant

entre elles les décisions d'espèce, forcément disparates et peu cohérentes que nous essayerons de dégager l'idée générale qui anime notre droit en cette matière ; les phénomènes de la vie juridique ne sont point condensés seulement dans les codes et les lois, leur vie est bien plus affirmée dans les décisions de jurisprudence, le tout est de l'aller découvrir.

Enfin notre travail ne justifierait pas son titre si à côté de l'étude de notre législation nationale nous n'entreprenions celle des législations étrangères. C'est une école particulièrement instructive pour l'esprit que celle du droit comparé. Grâce à elle nous prenons vraiment conscience de la durée, dans le temps et dans l'espace, des aspirations humaines qui se sont exprimées dans ces actes solennels que sont les lois ; et si ces aspirations se retrouvent les mêmes dans de nombreuses institutions, si malgré la diversité des races et des pays, les législations nous apparaissent comme présentant des points communs, notre étude en droit français aura gagné en certitude et en vérité.

Mais les faits ne sont rien par eux-mêmes, les détails deviennent rapidement encombrants si l'on ne dégage pas l'idée essentielle qui permet d'expliquer les uns, de grouper les autres. Il nous faudra donc remonter aux principes généraux pour expliquer, rationnellement d'abord, juridiquement ensuite, ce qu'il faut entendre par droit à la preuve. Ces deux études, positive et spéculative, se complèteront ainsi l'une l'autre et se porteront un appui mutuel qui fortifiera l'institution.

Pour nous résumer, nous comptons étudier toutes ces questions dans l'ordre suivant. Avant de passer à la période contemporaine il sera nécessaire de bien

préciser les résultats de l'évolution historique ; quelques brefs développements sur le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français nous en fourniront les éléments. L'étude des législations étrangères (*1^{re} partie*) sera comme une suite naturelle de la précédente. Par elle nous serons mieux préparés à nos recherches en droit français, lesquelles formeront comme c'est naturel, le point central de notre étude de jurisprudence (*2^e partie*). Enfin nous essayerons de faire la synthèse de toutes les observations en extrayant de chacune d'elles l'élément constitutif, c'est-à-dire le Droit à la Preuve, dont elles présentent la sanction pratique (*3^e partie*). Nous étudierons ce droit d'abord dans son fondement rationnel et théorique, puis à un point de vue plus étroitement juridique nous en déterminerons le titulaire et l'obligé, les limites de cette obligation, et à l'intérieur de ces limites, les sanctions qui assurent l'exécution.

Nous ne saurions d'ailleurs nier qu'en cette matière du droit comme en beaucoup d'autres, il nous paraît excessivement difficile de formuler des règles aussi précises et rigides que les articles d'un Code. A côté de la loi positive, il est souvent des règles non formulées, des habitudes de jurisprudence qui sont animées cependant d'une vie intense. Par elles nous comprenons mieux le rôle du juge, à notre époque ; ce rôle devient de plus en plus important et même personnel. Il n'est point permis au juge, quand la loi est obscure ou absente, de se refuser à juger ; quand l'usage qu'on veut faire de la loi est manifestement contraire à son esprit, bien qu'il soit peut-être conforme à sa lettre, c'est le juge encore qui doit rétablir au nom de l'équité,

la saine interprétation du texte légal, celle qui assure l'harmonie des rapports sociaux. Et l'équité est une notion changeante qui s'affine et se perfectionne avec le développement de la culture morale. Les décisions judiciaires représentent ainsi d'une manière très atténuée, mais pourtant perceptible, l'ensemble des notions morales qui ont cours au moment où elles sont rendues ; par là s'efface la vieille antinomie de la morale et du droit qui fut si longtemps un dogme. Vérité et morale sont les deux buts auxquels doit tendre toute justice, mais tendre seulement, car ces deux buts sont inaccessibles comme tout ce qui est absolu. C'est à faire entrer plus de morale dans la justice, à obtenir plus de vérité et de certitude dans son fonctionnement, que tout interprète du droit doit appliquer son effort. Heureux serions-nous, si, pour notre faible part, nous avons pu servir cet amour de la vérité, dont on peut dire, comme de celui du merveilleux dont parlait Renan, qu'« il vit et vivra éternellement au cœur de l'homme » (1).

(1) Comme il importe beaucoup en droit d'avoir une dénomination précise, nous avons choisi les mots *d'action ad exhibendum* ou *d'obligation d'exhiber une chose*, comme représentant le mieux, dans son sens actif et passif ce rapport de droit spécial qui permet d'obliger une personne à collaborer à notre preuve en présentant les choses ou documents qu'elle possède.

Ce choix n'a pas été effectué cependant sans quelque hésitation, à raison du sens péjoratif que le mot *exhibition* a pris de nos jours. Aussi ce mot sera-t-il toujours suivi d'un attribut qui permettra d'écarter le sens défavorable qu'on pourrait lui attribuer. Nous avons bien pensé aux mots *production*, *communication*, ou *représentation* (ce dernier était employé dans l'ancien droit), mais tous ces termes ont déjà des significations différentes et très précises dans la langue du droit. D'autre part le mot *exhibition*, pris dans son sens étymologique est celui qui correspond le mieux au contenu de l'obligation envisagée.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

L'action " ad exhibendum " et le droit à la preuve dans le Droit Romain et dans l'Ancien Droit.

Sous un régime de codification comme le nôtre, l'importance du droit romain est bien diminuée ; nul n'y va plus chercher la solution d'une question délicate, celle-ci fût-elle même complètement ignorée du droit positif, nul n'oserait même plus tirer argument d'une solution romaine déterminée pour appuyer une construction théorique nouvelle en droit moderne, de crainte de se voir opposer « que le droit romain n'a plus d'autorité en cette matière » (1). Mais autre chose est d'argumenter juridiquement du droit romain, autre chose de l'étudier au point de vue historique. L'argumentation tirée du droit romain se fonde sur une solution précise, déterminée, à laquelle on attribue la

(1) Laurent. *Principes de Droit civil*, t. 19, p. 385.

même valeur qu'à une décision de droit récent ; ce n'est point ce que nous cherchons à faire. Une étude historique se borne au contraire à rechercher les grandes lignes de l'évolution, les tendances de la législation. Si au cours de l'exposé des faits, des détails sont donnés qui peuvent paraître trop précis, ce n'est cependant point en eux que réside l'idée essentielle, ils ne servent qu'à l'éclairer. Le vrai but en est le principe même que ces détails appliquent, et la vie et les transformations de ce principe. A ce point de vue, il est toujours permis d'aller prendre dans le passé une base certaine pour les déductions que l'on veut tirer de son étude dans le présent. Aussi devons-nous présenter un tableau le plus succinct possible, des différentes étapes historiques de l'institution que nous étudions. Cet exposé comprendra deux sections :

En droit romain nous verrons d'abord comment a été conçue l'action *ad exhibendum*, dès son apparition, quelle a été son évolution, et les raisons spéciales qui peuvent l'expliquer. Ensuite, dans l'ancien droit français, nous essayerons de déterminer les solutions positives de la Jurisprudence, bien que celle-ci soit souvent d'une complexité qui dérouté l'analyse. On ne saurait non plus passer sous silence l'influence du droit canonique qui en certaines matières a reçu pendant si longtemps application.

SECTION PREMIÈRE

L'évolution du Droit romain en ce qui concerne l'action « *ad exhibendum* ».

Le droit romain connaissait à la fois l'exhibition des choses et l'exhibition des documents. Les recueils de Justinien nous montrent les résultats de l'évolution du droit en ces deux matières; C'est cette évolution même qu'il nous faut essayer de dégager sommairement. Nous étudierons d'abord l'exhibition des choses ou action *ad exhibendum* proprement dite, et nous passerons ensuite à l'exhibition des documents.

Les origines de l'action *ad exhibendum* sont encore discutées chez les Romanistes. Les uns, comme Accarias (1), la font remonter à la Loi des XII tables, en s'appuyant sur certains textes, et en remarquant que, dans bien des cas, la procédure du *sacramentum in rem* ne pourrait exister sans l'action *ad exhibendum*. En effet cette procédure exigeait impérieusement la présence effective de la chose litigieuse. D'autres auteurs, en particulier M. Girard (2), font remarquer que les textes les plus anciens qui nous signalent l'action *ad*

(1) *Précis de Droit romain*, 4^e édition, tome II, p. 876.

(2) *Manuel de Droit romain*, 5^e édition, p. 634, note 2.

Même opinion dans Cornil. *Droit romain, aperçu historique sommaire*, page 371.

exhibendum « remontent seulement aux Jurisconsultes de la fin de la République ou du début de l'empire. » Toutefois le doute subsiste encore, car, bien qu'il ne soit pas absolument décisif, un texte de Pline, rapportant un certain cas d'action *ad exhibendum*, nous le présente comme décidé par la Loi des XII tables, et M. Girard lui-même insère ce texte dans sa restitution de la Loi des XII tables (tab. VII n° 10) (1). Enfin Ihering (2) établit un rapprochement intéressant entre l'action *ad exhibendum* et l'action *furti*, qui concourent toutes deux aux mêmes buts : réprimer les atteintes à la propriété, ce qui implique dans son esprit une antiquité reculée de cette action.

Quoi qu'il en soit de cette discussion qui dépasse les limites de notre sujet, il est permis de remarquer que les Grecs à une époque fort ancienne (IV^e siècle av. J.-Ch.) paraissent avoir connu une forme d'action *ad exhibendum* visant les actes écrits (3). Il n'est pas impossible que les Romains aussi aient connu dès cette époque un moyen de droit correspondant, d'ailleurs adapté à la forme principale de leur activité. On peut justement faire ressortir cette adaptation dans les premières manifestations de cette action. Les deux caractères particuliers qui la distinguent en effet sont les suivants :

(1) *Textes de Droit romain*, 4^e édit., 1913, p. 17.

(2) *Actio injuriarum* (traduction de Meulenaere) page 45, note 28. — Cette opinion a été suivie par M. Cuq, dans la 1^{re} édition de ses *Institutions juridiques des Romains*.

(3) Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. V° Anakrisis citant un plaidoyer d'Isée, le maître de Démosthène. V. Beauchet, *Droit privé de la Rép Athén*. Cité *infra*, p. 29.

- 1° l'action vise l'exhibition d'une chose mobilière ;
- 2° elle sanctionne surtout le droit de propriété.

Ce point de vue exclusivement matérialiste du droit est bien celui d'un peuple agriculteur, tenant aux choses matérielles, à la terre et à tout ce qui est nécessaire pour la mettre en valeur. Le fait surtout que cette action vise particulièrement à défendre la propriété (1), que, comme le disait Ulpien, « *et maxime propter vindicationes inducta est* », semblerait militer en faveur de la thèse qui soutient l'ancienneté de ce moyen de droit. En effet le droit de propriété est le droit auquel les Romains ont été le plus attachés, et la lance qui dans les temps reculés en était le symbole (2) rappelle en même temps l'autre caractère essentiel de cette civilisation de paysans-soldats qui devait conquérir le Monde. L'idée semble donc tout à fait attrayante qui rattacherait l'action *ad exhibendum* au mouvement de défense contre les voleurs et recéleurs, mouvement qui a fait admettre par exemple l'*actio furti* malgré les difficultés techniques qu'elle soulève. Comme l'indique Demeilius (3), l'un de ceux qui ont le mieux étudié la théorie romaine de l'exhibition, il est probable que le plus important domaine d'application de l'action *ad exhibendum* dans l'Antiquité était la recherche des esclaves fugitifs.

(1) V. Digesto Italiano, v° Actio ad exhibendum.

(2) Ihering. *L'esprit du Droit romain*, traduction Meulenaere, t. I, p. 114.

(3) *Die Exhibitionspflicht in ihren Bedeutung für das classische und heutige Recht*. Ch. 3, p. 69 et Ch. 12, p. 261.

Dans la période classique du Droit romain, l'action *ad exhibendum* se présente à nous avec des contours assez précis, qui sont surtout intéressants au point de vue de la technique du droit. Normalement l'action est préparatoire, c'est-à-dire intentée en vue de permettre ultérieurement l'exercice d'une autre action. Cela élimine déjà les cas dans lesquels, bien qu'on ait un intérêt particulier à l'exhibition, on ne peut intenter ensuite aucune action (1). Nous ne tarderons pas à voir comment les Romains ont porté remède à cette situation. Personnelle, elle consacre un lien d'obligation entre deux individus, mais ce lien ne rentre ni dans la catégorie des contrats, ni dans celle des quasi-contrats ou des délits : il prend place parmi toute une série d'obligations que l'on appelait les « *Variæ causarum figuræ* ». Bien que personnelle, l'action est cependant réputée « *in rem scripta* » (2) ce qui fait qu'exercée contre une personne déterminée, elle est pourtant plutôt attachée à la chose qu'à la personne et que la personne même qui est visée par elle ne l'est cependant qu'à raison de cette chose. Aussi n'est-elle pas intentée seulement contre la personne qui est juridiquement titulaire d'un droit sur la chose, mais contre celle qui, même à raison d'une pure situation de fait, est en mesure d'exhiber cette chose. Enfin c'est une action arbitraire, ne comportant de condamnation que si l'exécution en nature n'a pas eu lieu. D'autre part, étant

(1) Girard, *Manuel*, p. 633. Accarias, tome II, p. 878, note 1.

(2) Van Vetter, *Cours élément. de Droit romain*, t. II, § 283.
Maynz, *Droit romain*, § 365.

donnée contre le possesseur ou le détenteur d'une chose, elle suit certaines des règles de la revendication et comme celle-ci, par la même curieuse transformation, elle est devenue pénale dans certains cas, et sert alors contre « celui qui par dol a cessé de posséder, ou a rendu l'exhibition impossible » (*ficti possessores*), celui qui par exemple étant propriétaire a détruit la chose pour n'avoir pas à la représenter.

L'action n'est pas seulement préparatoire. Le jeu des procédés techniques du droit romain lui a fait découvrir une utilité particulière : Lorsque par accession, incorporation ou spécification une chose quelconque a perdu son individualité, la revendication en était impossible, parce que la chose revendiquée doit être très distinctement déterminée ; l'action *ad exhibendum* intervenait alors (sauf les cas de *ferruminatio* et de *tignum junctum*), et permettait, en rendant à la chose son existence particulière, d'obtenir un résultat qu'aucune autre action romaine ne permettait d'atteindre (1).

Complètement formée à l'époque classique, la théorie n'a pas varié. Les caractères de l'action sont les mêmes sous Justinien : elle appartient à celui qui a intérêt à l'exhibition de la chose, intérêt qui doit se manifester juridiquement par l'exercice ultérieur d'une action au sujet de cette chose (2).

(1) Accarias t. II, p. 878, note 2 ; Maynz § 365 : Van Vetter, § 283, n° 1°.

(2) Voir sur la théorie de l'action *ad exhibendum* la discussion entre Lenel et Beseler, signalée par M. H. Pissard, *Nouvelle Revue historique*, année 1912, p. 548 et s. Le lien étroit

L'évolution particulièrement importante en ce qui concerne le droit à la preuve s'est produite en matière d'exhibition de documents, dont, le plus généralement, le but pratique est d'assurer la preuve d'une prétention soutenue en justice.

Le système des preuves à Rome était le système des preuves libres, chaque plaideur pouvant par tout moyen faire naître la conviction dans l'esprit du juge. Au cas où un titre écrit existait aux mains d'une partie, l'autre pouvait-elle exiger par l'action *ad exhibendum* que ce titre fut produit ? Son intérêt était évident. Mais cet intérêt ne suffisait pas pour obtenir l'action *ad exhibendum*. Celle-ci était une action civile (1) et comme telle ne pouvait être employée que si l'on se trouvait dans les conditions fixées par la Loi. Or l'une de ces conditions, c'est que l'action soit préparatoire à une action principale ultérieure relative à la chose, et elle fait défaut ici. Aussi le prêteur accordait-il une « action *in factum* ». Une discussion s'est élevée à ce sujet entre Windscheid et Demelius sur la portée du fr. 3 § 14 au Digeste (X — 4) (2). Le premier soutenait que pour obtenir l'exhibition d'un document il suffit d'y avoir intérêt, et la généralité des termes employés dans le texte explique cette opinion. Demelius au contraire déclare que ce texte vise seulement le cas où il y aurait

de cette action avec la revendication est particulièrement indiqué.

(1) Girard, p. 632, note 2.

(2) Cette discussion est signalée dans Lessona. *L'azione esibitoria*. (Extrait de la Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza, 1903, n° 4).

en écriture du document sur du papier appartenant au demandeur, ce qui fait que nous trouvons à nouveau une hypothèse de revendication. Il semble que cette seconde opinion soit préférable. Il est possible cependant que la pratique ait fait découler de cette application un droit plus général à l'exhibition des titres.

Mais il est une institution qui a pu particulièrement accréditer dans les mœurs des Romains la possibilité d'une exhibition des documents au profit d'une tierce personne. C'est la pratique du contrat « *litteris* », c'est-à-dire du contrat dont la conclusion se marque par l'inscription sur le livre du créancier. Quand on avait utilisé cette forme de contrat, le créancier devait produire ses livres pour prouver sa créance, le débiteur pouvait lui en réclamer l'exhibition. De même que le contrat était conclu solennellement par ces écritures, de même des écritures correspondantes marquaient le paiement et la fin du lien obligatoire (*expensilatio*). Cette pratique était courante à la fin de la République Romaine. Il ne s'agissait plus du tout ici de demander l'exhibition d'une chose pour préluder à une revendication ; car le débiteur n'a juridiquement aucun droit sur les livres de son créancier. C'est donc d'un tout autre point de vue que l'on est parti (1).

Cependant les mœurs se modifièrent assez vite, et si les Romains de la République se font encore un devoir

(1) Cette règle s'est maintenue jusqu'au temps de Justinien. La Loi 5 au Code, *de Edendo* (2, 1) porte que : « *Non est novum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris ut fides constare possit.* »

de tenir eux-mêmes leurs livres de comptes (1), il n'en est plus ainsi un siècle plus tard, où il fut de bon ton de faire gérer ses affaires par un banquier, *argentarius* (2). C'est sur ce point que les deux institutions, jusqu'ici séparées, vont se rencontrer.

C'est contre le banquier que normalement était dirigée l'action *in factum* accordée par le Préteur, pour le contraindre à représenter ses livres. Le droit grec avait déjà présenté quelque chose d'analogue (3). A Athènes, non seulement les registres publics (registres qui constatent les ventes, registres des percepteurs de douanes), mais aussi les registres des trapézites ou banquiers, et même les livres domestiques pouvaient être invoqués en justice comme éléments de preuve, et la loi permettait, en cas de refus de production, d'agir contre leur détenteur par une espèce d'action *ad exhibendum*. Peu importait même, semble-t-il, que la production ait été demandée à l'adversaire au procès, ou à une tierce personne.

A Rome, aux termes de l'édit du Préteur, les ban-

(1) Voir les renseignements donnés par G. Boissier sur la société romaine de la fin de la République dans *Cicéron et ses amis*.

(2) May, *Eléments de droit romain*, n° 144, page 335 (11^e édit. 1918).

(3) Daremberg et Saglio. — *Dictionnaire des antiquités*, v° Anakrisis, v. aussi Le Gentil, *Traité historique sur les preuves*, p. 184, 186 et Beauchet, *Droit privé de la République athénienne*, tome IV, pages 48, 67 et 506. Les banquiers ou trapézites étaient comme plus tard les *argentarii* à Rome chargés en quelque sorte par les mœurs de remplir les fonctions attribuées de nos jours aux notaires.

quiers devaient à toute réquisition d'un client présenter leurs registres et remettre à chacun le double du compte qui le concernait. « Chose très équitable, dit Ulpien, (D. II, XIII, 4), puisque le compte de chaque individu constitue une pièce qui est la sienne : « *meum quodammodo instrumentum* ». C'est en effet l'équité seule qui est à la base de cette décision, car on ne voit pas trop quel principe juridique l'aurait fait admettre. Toutefois pour mettre les banquiers à l'abri des vexations inutiles et des recherches indiscrètes, ceux qui demandaient la représentation devaient prêter le serment de « *calumnia* », c'est-à-dire jurer qu'ils n'agissaient pas dans un esprit de chicane. Le refus de produire de la part du banquier était sanctionné par la condamnation à la réparation du préjudice causé, et l'on évaluait ce préjudice d'après la perte éprouvée par le défendeur au moment même du refus du banquier (1).

Peut-être l'admission de cette action à Rome fut-elle facilitée par le caractère presque public qui revêtait les *argentarii* ; peut-être aussi faut-il y voir, à Rome comme chez nous, l'idée d'une rigueur moins grande de la preuve dans les matières commerciales (l'époque classique est celle de la plus grande prospérité de Rome).

A côté de l'action *in factum* que nous venons d'étudier, un certain nombre d'interdits venaient encore étendre le domaine de l'obligation d'exhibition et appli-

(1) Le Gentil. — *Traité historique sur les preuves*, page 328.

quer celle-ci à des cas qui primitivement restaient en dehors d'elle. Pour intenter en effet l'action *ad exhibendum* ou l'action *in factum*, il faut un intérêt pécuniaire qui se manifeste dans la première par l'exercice ultérieur d'une action, dans la seconde par l'instance même à laquelle elle était incidente. Il est des cas où cet intérêt pécuniaire fait défaut, parce que l'objet de l'action est en dehors du patrimoine ; c'est dans ces cas qu'intervenaient les interdits « *de libero homine exhibendo* », « *de liberis exhibendis* », « *de uxore exhibenda* » et de « *liberto exhibendo* » (1). Tous ces moyens de droit sortent par trop de notre étude pour que nous nous y arrêtions. Mais il est au contraire des cas où l'intérêt pécuniaire existe et où il est même très accusé ; dès lors sa protection devenait indispensable : c'est l'interdit « *de tabulis exhibendis* », qui permet de se faire exhiber un testament dans lequel on se croit gratifié. Ce dernier interdit est particulièrement intéressant parce que la pratique des testaments était si répandue à Rome, les legs étaient si nombreux, que la représentation des tablettes obtenue par ce moyen devait y être presque quotidienne (2).

Action civile *ab exhibendum* d'une part, action *in factum* et interdits exhibitoires d'autre part, tous ces moyens créaient des habitudes nouvelles. On pouvait ainsi obtenir l'exhibition d'un titre relatif à un droit qui

(1) Van Vetter, *op. cit.*, § 283.

(2) Voir les détails curieux sur les mœurs de la fin de la République dans Boissier, *Cicéron et ses amis*, et particulièrement l'étude consacrée à Atticus.

appartenait au demandeur (1). Avec Justinien, le principe, jusque là épars en plusieurs institutions, se généralise. Une loi célèbre en la matière, la Loi 22 au Code Livre IV, Titre 21 nous en est la preuve : Chaque partie dans un procès peut dès lors invoquer, à côté de ses titres personnels et de ceux produits par son adversaire, les titres que des tiers détenaient et ceux-ci étaient contraints de les fournir aux frais du requérant, à peine de se voir condamner à des dommages-intérêts représentatifs du préjudice que causait leur refus. La règle est extrêmement large : « *illi codices vel instrumenta proferre cogantur, qui et testimonium adversus aliquem coguntur* ». Ceux-là qui ne pouvaient refuser l'appui de leur témoignage oral, ne devaient pas, pour les mêmes raisons, pouvoir refuser l'appui de leurs preuves écrites. La seule raison admise du refus d'exhibition est « que l'exhibition serait nuisible à celui de qui elle est demandée ». Toutefois la perte des titres dûment affirmée libérait de toute obligation de représenter (2).

Enfin, de même que les tiers détenteurs de pièces, l'adversaire, par les différents moyens que nous venons d'étudier, pouvait être tenu d'exhiber les documents intéressants. L'adage, nullement latin d'ailleurs, qui dit que « *Nemo tenetur edere contra se* », si l'on se reporte à ses origines probables (Loi 7, C. de Testibus IV, 20), n'a pas d'autre sens que celui d'un corollaire de la règle « *Actori incumbit onus probandi* », et surtout il n'a

(1) Maynz. — *Loc. cit.*, p. 486.

(2) C. IV, 21, loi 22. Le Gentil, *op. cit.* p. 367.

jamais eu le sens absolu que d'aucuns de nos jours lui attribuent.

Il y avait donc au temps de Justinien une règle d'une très grande généralité : qu'il s'agisse de l'adversaire ou d'un tiers, que le titre soit ou non commun, l'exhibition devait avoir lieu si elle était demandée par quelqu'un qui y avait intérêt.

Il reste à résoudre une dernière question. Comment se fait-il que le droit romain, par ailleurs tellement individualiste, ait admis une action qui nous paraît si contraire aux principes dont il était imbu ? La réponse ne saurait être unique, car les motifs de cette dérogation aux règles ordinaires, ont, à ce qu'il nous semble, beaucoup varié à travers les siècles.

Originellement l'action *ad exhibendum*, loin de paraître aux Romains une atteinte à leur propriété, a dû comme nous avons essayé de le montrer, être admise comme une garantie même de ce droit de propriété. Telle qu'elle existait dans le *Jus civile*, elle facilitait en effet la recherche des objets perdus, la revendication des fruits tombés sur le terrain d'autrui, et surtout peut-être la revendication des choses volées. Ce n'est probablement pas une conception théorique, mais une nécessité pratique et des plus urgentes qui l'a fait accorder. L'individualisme même n'est pas atteint par cette voie de droit qui permet à chacun de recouvrer *ce qui lui appartient*. Un certain changement s'est déjà opéré, avec l'admission des autres moyens que nous avons cités : l'action *in factum*, et l'interdit de *tabulis exhibendis*, ainsi que tous les autres interdits exhibitoires relatifs aux personnes. Mais pour ne s'occuper que de ceux qui ont un caractère pécuniaire, si la notion de droit

sur la chose semble n'y être plus aussi proche, elle n'est cependant pas encore assez éloignée pour qu'elle ne puisse justifier en partie au moins leur admission. Les comptes dont on demandait l'exhibition aux banquiers étaient les comptes personnels de la partie engagée dans un procès ; ces comptes étaient en quelque sorte communs entre eux et chacun devait pouvoir s'en servir à sa guise. Quant à l'interdit de *tabulis exhibendis*, il vise le cas d'un individu qui, ignorant en tout ou en partie un legs à lui fait, demande que le testament lui soit représenté pour prendre connaissance des droits qu'il lui confère. Or certaines formules de legs faisaient acquérir directement la propriété du legs au légataire, même à son insu.

De même enfin, les interdits exhibitoires concernant les personnes, s'appliquent presque tous à des individus qu'on a sous sa puissance, « qui sont dans un rapport de soumission envers nous » (1). Interdit de *uxore exhibenda*, de *liberis exhibendis*, de *liberto exhibendo*, dans tous ces cas se révèle l'idée de puissance, de domination de celui qui réclame sur la personne qui est réclamée. Encore une idée bien voisine de celle de la propriété, et, tout au moins pour la période immédiatement antérieure à l'époque classique, l'assimilation de la *manus*, de la *patria potestas* et du *dominium ex jure quiritium* est trop connue pour qu'il soit nécessaire d'insister.

Par tous ces moyens, on consacrait donc non pas tant une atteinte à un droit appartenant à autrui, qu'une

(1) Maynz, *op. cit.*, p. 487.

protection particulière de l'un des droits les plus chers aux Romains.

Et puis, lorsque à côté du *Jus civile*, le droit prétorien prit l'extension considérable que l'on sait, ce n'étaient plus seulement les principes juridiques abstraits, mais les considérations concrètes d'équité qui furent à la base des institutions romaines. Si par la suite, le droit romain devait enfin connaître en cette matière des règles d'une portée si générale qu'elles nous étonnent un peu, ce n'est qu'à sa dernière époque ; et la Loi de Justinien a pu être dictée par des considérations pratiques qui nous échappent (1), car les influences qui s'exerçaient autour de cet empereur donnent souvent la clé de bien des problèmes. A cette époque d'ailleurs, la centralisation du pouvoir était telle que l'autorité du Prince devait forcément prévaloir ; et d'autre part les règles de la preuve dans un procès, bien qu'elles puissent fortement influencer sur le fond du droit, semblent appartenir en partie à la puissance publique, puisqu'elles déterminent de quelle manière s'établira la conviction du juge, et que, dès lors, le juge est devenu un fonctionnaire impérial.

(1) Comme exemple de ces circonstances de fait qui expliquent certaines dispositions du droit de Justinien, on peut citer la Constitution insérée au Code (VIII, 18, 12) qui crée une hypothèque générale privilégiée au profit de la femme mariée pour le remboursement de sa dot, disposition exagérée qui, a-t-on pu dire, ruinait non seulement le crédit des hommes mariés, mais encore celui des célibataires. Sur les influences orientales de la Législation de Justinien, voir Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*.

SECTION II

L'action « ad exhibendum » dans l'ancienne France.

Avant de parler du droit coutumier, il est utile de donner quelques notions sur le droit canonique qui pendant si longtemps a dominé en certaines matières. Le droit canonique posait en principe que le demandeur et le défendeur peuvent être tour à tour obligés de produire les preuves qu'ils détiennent (1). Particulièrement dans les matières d'ordre spirituel, telles que les causes relatives aux mariages, le juge pouvait d'office contraindre le défendeur à l'exhibition des documents nécessaires à la manifestation de la vérité. Il est vrai que dans ces causes l'idée religieuse avait une telle part que l'on s'explique que la recherche de la vérité fût le seul but poursuivi. Mais ce qui est plus remarquable, c'est que dans les causes d'un caractère presque privé, lorsqu'elles étaient soumises aux Tribunaux ecclésiastiques, le même principe s'appliquait. Si

(1) Lessona, *Théorie de la Preuve en droit civil* (3^e Edition, Firenze, 1914) tome 1, p. 84, citant les traités les plus récents de procédure canonique, ceux de Deluca, et de Lega. Une opinion plus restrictive est soutenue par M. Fournier, *Les officialités au Moyen-Age*, p. 197.

L'on avait de justes raisons de penser que des preuves particulièrement importantes pour le procès dont elles pouvaient décider l'issue, se trouvaient aux mains du défendeur, le juge ecclésiastique pouvait lui déférer le serment pour qu'il réponde s'il possédait ou non les pièces en question. Et s'il déclarait les posséder, il le forçait à les produire. Le droit canonique appliquait donc les mêmes principes que le droit romain avait connus ; son but était la manifestation de la vérité par tout moyen.

Les coutumes de l'Ancienne France mentionnent au contraire fort peu l'action *ad exhibendum*. Quand elles le font, leurs décisions sont partagées ; l'art. 444 de la Coutume d'Orléans l'abolissait expressément ; l'article 269 de la Coutume de Blois l'admettait en termes formels (1). Les termes de la coutume d'Orléans font pen-

(1) — Art. 444 Nouv. Cout. d'Orléans de 1583 (Bourdote de Richebourg *Coutumier général*, III, p. 805). « En court laye l'action a fin d'exhiber ne l'exception de deniers non comptez n'ont lieu » ; comp. l'anc. Coutume de 1509 art. 382 (*ibid.* p. 759). « En court laye, l'action *ad exhibendum* ne l'exceptio non numerata pecunia n'a point de lieu ».

— Art. 269 Cout. de Blois de 1523 (*Ibid.* p. 1068) « L'action *ad exhibendum* et compensation auront désormais lieu par ladite coutume ; mais par icelle coutume, reconvention et exception de pécune non nombré n'ont lieu ».

Sur l'article 444 de la coutume d'Orléans voir Pothier (*Introduction générale aux coutumes*. Coutume d'Orléans ; édit. Bugnet t. I p. 681). Au lieu de l'action *ad exhibendum*, pour parvenir à la revendication des choses mobilières, on se servait de la voie de l'*entiercement*, procédure décrite aux articles 454 et 455 de la coutume d'Orléans. L'*entiercement* est l'acte par lequel celui qui trouve en la possession d'un autre une chose qu'il prétend lui appartenir, arrête cette chose pour la

ser qu'elle a pu être principalement établie pour réagir contre les pratiques du droit ecclésiastique. Ce qui est remarquable, c'est que cet article figure tout à fait à la fin de la rédaction de la première coutume et qu'il fait partie d'une série de neuf dispositions qui ne proviennent pas de la commission chargée d'établir le reste de la coutume, mais qui ont été au contraire ajoutées sur la demande des magistrats municipaux de la Ville d'Orléans.

« Dans la vérité, dit Merlin (1), l'action *ad exhibendum* n'est pas abolie par notre Jurisprudence, mais elle est considérée comme inutile, parce que le plus communément, au lieu de commencer par une action préparatoire, soit en exhibition de titres, soit en représentation de la chose qu'on se propose de revendiquer, on passe directement et tout de suite à l'action principale. »

Cette raison que nous donne le savant juriconsulte explique tout le problème. L'ancien Droit, comme le droit actuel ignorait les divisions savantes des actions romaines, le formalisme excessif, et d'ailleurs nécessaire à une certaine époque, qui exigeait pour obtenir un résultat déterminé l'emploi successif de multiples actions tendant toutes à un but précis, mais incapables

mettre en possession d'un tiers. Quand il s'agit d'aller rechercher des biens dans la maison d'autrui, il faut une autorisation de justice, alors que cette autorisation n'est pas nécessaire si la chose est aperçue dans quelque marché, ou chemin, ou autre lieu public. Comp. la note 2, page 39.

(1) *Questions de droit*, Paris, 1810 — v^o Act. ad. Exhib. p. 16 2^o Col.

de permettre l'obtention de quoi que ce soit au delà (1). L'action *ad exhibendum* s'absorbe dès lors dans l'action principale et devient inutile dans la plupart des cas en tant que voie de droit préparatoire. Ainsi en matière de revendication des meubles, où son rôle était si important en Droit romain, elle ne présente presque plus aucun intérêt pratique. D'ailleurs l'origine du droit français en ce qui concerne la recherche des choses volées est surtout coutumière et les deux questions du vol (point de vue pénal) et de la propriété (point de vue civil), distinctes en droit romain, étaient confondues dans la même action (2).

Aux ^{xiv}e et ^{xv}e siècles la revendication mobilière est précédée d'une sorte d'exhibition de la chose revendiquée. La procédure débute par une saisie de l'objet litigieux, saisie qui est opérée par un sergent, sur la requête du demandeur, sans que l'autorisation du tribunal soit nécessaire. La chose est matériellement enlevée des mains du défendeur et placée sous la main

(1) L'exemple tiré de Paul au Dig. (Liv. 39, Tit. 3, fr. 14) est célèbre. Il ne fallait pas moins de quatre actions en droit romain pour obtenir le même résultat que nous obtenons à l'heure actuelle avec une seule.

(2) Dans le très ancien droit français l'*action de chose emblée*, de caractère nettement pénal, permet au propriétaire de rentrer en possession de sa chose qui lui a été volée. Il y a une certaine exhibition de l'objet en litige dans ce fait que la chose est apportée dans l'enceinte du Tribunal où elle restera pendant toute la durée des débats (Jobbé-Duval. *Etude historique sur la revendication des meubles en Droit français*, Paris, 1880, p. 126).

de la Justice (1). Cette procédure sera constamment suivie jusqu'au xvii^e siècle, et c'est seulement alors qu'une réaction s'accomplit et qu'on se rend compte de la nécessité qu'il y a de protéger les possesseurs de meubles contre des saisies abusivement pratiquées par des plaideurs téméraires. Elle sera complètement abandonnée au xviii^e siècle (2).

Mais rien ne fait mieux ressortir que les répertoires de Jurisprudence de l'ancien droit, l'inutilité de l'action *ad exhibendum*, en tant qu'action principale. Le répertoire de Guyot, si intéressant pour nous puisqu'il paraît à la veille de la Révolution, est remarquablement pauvre de références sur l'exhibition des choses, et il se borne à reproduire diverses solutions de droit Romain.

Bien plus riche au contraire est l'article qui s'occupe de la « représentation des actes ». On comprend que c'est ici que s'est vraiment concentrée l'utilité de l'action en exhibition devenue un incident de la procédure de preuve. La solution radicale que le dernier état du droit romain nous avait fait connaître n'est plus admise. Au fur et à mesure qu'elle s'appliquait à des espèces nouvelles, l'institution se précisait et les diverses solutions qui intervenaient permettaient d'établir des distinctions entre les différentes personnes soumises au devoir d'exhibition ; en outre des principes nouveaux

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 195.

(2) *Ibid.*, p. 213 et 223. A cette époque d'ailleurs la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » est d'application courante ; en pratique la revendication mobilière a disparu sauf dans le cas de vol. Voir Planiol. *Traité élément.* (7^e édit.), t. I, p. 757 et suivantes.

s'établissaient qui venaient restreindre le domaine de l'action aux limites que la raison devait lui assigner.

Merlin, qui a rédigé l'article du Répertoire de Guyot, distingue au point de vue de la représentation des actes deux grandes catégories de personnes : les officiers publics et les particuliers.

Parmi les officiers publics, les plus intéressants à ce point de vue sont les notaires, dépositaires des actes qu'ils ont établis ou qu'on leur a confiés. « Ils ne peuvent, dit-il, se dispenser de représenter les actes dont ils sont dépositaires, soit aux parties qui les ont passés, soit à leurs héritiers ou ayants-cause. Mais il en est autrement à l'égard des personnes tierces : non seulement les notaires ne doivent pas, mais, même à la rigueur, ils ne peuvent absolument leur communiquer aucun acte, à moins qu'elles ne les y aient fait autoriser ou contraindre par ordonnance de Justice. C'est la disposition précise de l'art. 277 de l'Edit de 1539 ». Telle est l'origine de cette théorie si importante de nos jours qui porte le nom de secret des notaires.

Cependant, déjà dans l'ancien droit, ce secret recevait des atteintes graves de la part de l'autorité royale. Comme le fait l'Etat de nos jours, le Roi, avant la Révolution, savait imposer pour ses agents un régime exorbitant du droit commun. Ainsi « les préposés à la régie des Domaines et recettes des Deniers royaux » peuvent « obliger les notaires et tabellions à leur communiquer tous leurs registres, liasses, minutes et répertoires », en vue de « constater les contraventions aux règlements fiscaux et d'assurer le recouvrement des droits de mutation qui peuvent être dus au Roi ». Ce même motif est invoqué de nos jours.

Au surplus, le secret n'était pas non plus absolu vis-à-vis des particuliers ; une autre restriction existait dans la procédure du compulsoire, visée dans les derniers mots du fragment de Merlin cité plus haut. Cette procédure permettait à une personne engagée dans une instance d'obtenir copie d'un acte, déposé chez un officier public, auquel elle n'avait pas été partie. Elle comportait essentiellement l'obtention de lettres de Chancellerie, qui avaient pour but de décharger l'officier public et de le mettre à l'abri de tout reproche. On peut vraiment y voir une application de l'action *ad exhibendum*.

Quant au contenu de ce droit d'exhibition, il était nettement limité. D'abord le droit ne porte que sur des actes bien déterminés et le notaire auquel on n'indique pas la date précise de l'acte demandé ne peut être tenu de le représenter. Ensuite il peut arriver que les actes soient perdus ou anéantis par cas fortuit ou par force majeure. A cet égard les notaires ne sont tenus d'aucune preuve et leur affirmation suffit, lorsqu'il est question d'actes reçus par leurs prédécesseurs.

Enfin il y avait d'autres officiers publics qui étaient soumis à un devoir d'exhibition particulier, c'étaient ceux qui détenaient à titre de dépositaires les actes de baptême, mariage, sépulture, tonsure, ordre, vêtue, noviciat ou profession, c'est-à-dire ceux qui sont devenus nos officiers de l'Etat civil actuels, et les religieux chargés par des lois spéciales de constater les vœux (1).

(1) Ordonnance royale de 1667, titre 20, art. 18, et déclaration de 1736, plus restrictive que la précédente.

Ces quelques notions concernant les officiers publics nous font déjà apercevoir un premier conflit entre le principe d'exhibition et le droit au secret. Nous allons assister, en ce qui concerne les particuliers à un autre conflit du même genre. Mais il faut ici distinguer suivant que la demande s'adresse à un tiers étranger au procès, ou à la partie adverse.

En ce qui concerne les parties au procès, les règles suivies dans l'ancien droit étaient sensiblement les mêmes que celles de nos jours, et la maxime *Nemo tenetur edere contra se* y était aussi fréquemment employée dans les plaidoiries qu'elle l'est aujourd'hui encore. Le demandeur pouvait être contraint à représenter au défendeur même les pièces dont il n'argumentait pas, pourvu que celles-ci fussent citées dans sa requête, mais la décision n'était pas sûrement établie et la jurisprudence était incertaine (1).

Dans un cas cependant la règle était plus précise, c'est celui où les pièces demandées étaient communes aux deux parties. C'est par une extension de ces mots, que Merlin justifie les règles des articles 9 et 10 du Titre III de l'ordonnance de 1673 (2), visant les livres des commerçants, articles qui ont inspiré fortement les rédacteurs de notre Code de commerce actuel (art. 15 à 17).

(1) Guyot, *loc. cit.*

(2) L'art. 9 prévoit la communication des livres seulement au cas de « succession, communauté et partage de société en cas de faillite ». L'art. 10 permet d'ordonner la représentation en tous autres cas. Ce sont essentiellement les règles positives du Code actuel. V. Isambert, *Rec. gén. des anc. lois franç.*, tome 19, p. 96.

Pas plus que le secret des notaires, l'adage *Nemo tenetur...* n'avait donc de sens absolu. Toutefois il semble bien qu'à l'encontre du défendeur, la demande était plus difficilement admise. Bien entendu cependant, défendeur comme demandeur pouvaient être contraints de produire tous les actes qui en quelque façon étaient communs entre eux, mais il semble ressortir des arrêts cités par Guyot que l'interprétation des mots « communs aux deux parties » était strictement limitée. « La règle générale, dit-il, est qu'un défendeur n'est pas tenu de représenter à son adversaire les titres qu'il a en sa possession, quoiqu'ils puissent servir à l'appui des prétentions de celui-ci ».

Quant à l'action *ad exhibendum* dirigée contre un tiers, en vue de le forcer à représenter un acte qui lui appartient, en prouvant qu'on en a besoin, les avis étaient partagés : Voet prétendait qu'on ne pouvait l'exercer. Mais d'autres auteurs soutenaient l'opinion contraire : D'Espeisses dit : «...L'une des parties plaidante peut contraindre un tiers, contre lequel il ne plaide point à lui exhiber et communiquer les pièces qu'il a et dont elle veut se servir contre sa partie, pourvu que lesdites pièces ne puissent aucunement préjudicier à celui qui les a... » (1). De même Merlin affirme la survivance de la Loi 22 au C. IV, 21, et pose comme principes de son application :

(1) *Traité de l'ordre judiciaire observé es causes civiles*, titre V, 4^o (Œuvres, édition de Lyon 1750, tome II, p. 530 et s.). C'est une œuvre imbue du droit romain (l'auteur était avocat à Montpellier) et qui a peut-être inspiré Merlin.

1^o Que l'exhibition demandée ne doit point nuire aux tiers.

2^o Qu'elle ne peut être demandée contre les personnes qui ne pourraient être appelées à témoigner en Justice dans la cause (1).

Toutefois il ne semble pas, à consulter les recueils d'arrêts, que ces dispositions aient été fort appliquées. La Jurisprudence était même assez large à ce sujet : lorsque la personne à qui on demandait l'exhibition répondait que l'acte était perdu et offrait d'en faire le serment, on admettait qu'elle devait être crue sur son seul serment.

Cette courte étude historique nous permet de déterminer maintenant avec quelque précision les règles positives qui sont le résultat de l'évolution des idées juridiques en matière d'exhibition.

Pour l'exhibition des choses, elle était admise à Rome à titre de droit privé, reconnu à la personne qui a besoin que la chose lui soit présentée pour exercer un droit sur elle. Ce même moyen existait dans l'ancien droit, mais il ne constituait plus une voie de droit particulière, car d'une part l'absence de formalisme ne rendait plus nécessaire la pratique des actions préparatoires, d'autre part le recours à l'autorité publique, de plus en plus fréquent à mesure que celle-ci affermissait son pouvoir, faisait passer dans le domaine pénal bien des actions qui à Rome appartenait encore au domaine civil.

(1) Guyot, *loc. cit.* — Merlin, *Répertoire*, V^o Représentation d'actes, n^o 11.

Quant à l'exhibition des documents, le droit romain avait fini par l'accorder avec une telle généralité d'application, qu'elle ne put se maintenir sous l'ancien droit. Des dispositions légales ou coutumières vinrent en préciser les limites : le droit était accordé assez libéralement entre les plaideurs, mais on se montrait bien plus sévère en ce qui concerne les tiers, malgré quelques opinions dissidentes. Une vraie survivance de l'action *ad exhibendum* existait au contraire à l'égard des dépositaires publics, dans la procédure du compulsoire. Bien que limitée et soumise au contrôle de la Justice, cette procédure établissait réellement un droit à la preuve.

L'ancien droit français nous paraît ainsi plus individualiste que le droit romain ou le droit canonique ; c'est à voir ce que sont devenus de nos jours ses idées et ses principes que nous allons nous attacher.

PREMIÈRE PARTIE

Législations et jurisprudences des pays étrangers.

Si nous entreprenons d'étudier les législations étrangères avant de prendre contact avec le droit français, ce n'est point qu'il nous semble utile d'aller chercher à l'extérieur des règles toutes faites ; nous estimons en effet que les lois positives de chaque pays sont bien souvent la résultante de conditions spéciales à la Nation qui l'occupe. Ce n'est point aussi que nous voulions céder à l'attraction particulière que toute apparition de Code nouveau exerce sur les esprits. Mais il nous paraît que si, de toutes les comparaisons faites, il ressort l'admission dans un grand nombre de pays d'un moyen de droit sanctionnant le droit à la preuve, les enseignements que nous pourrions tirer de cette constatation seront d'autant plus précieux qu'elle sera plus générale.

Mais cette étude est rendue assez ardue par la difficulté qu'il y a à rapprocher des règles partant de conceptions parfois opposées. On ne peut comparer que

ce qui est comparable, et bien souvent les détails, qui sont forcément différents, obscurciraient l'exposé par leurs apparentes contradictions. Aussi avons-nous estimé qu'il était préférable d'étudier séparément chaque législation; et c'est seulement après cet exposé qu'il nous sera permis de tirer quelques conclusions générales (1).

Toutefois il nous a paru qu'il était possible de réunir en quelques groupes suffisamment distincts la série des renseignements que nous avons pu nous procurer. Nous étudierons donc dans trois chapitres différents : les législations anglo-saxonnes, les législations germaniques, et les législations proprement latines, commençant ainsi par les législations les plus éloignées de la nôtre et terminant par celles qui en sont au contraire les plus proches parentes.

(1) A chaque législation principale sont rattachées celles qui ont paru moins importantes. Une section spéciale est réservée, après les législations latines, au droit musulman.

CHAPITRE PREMIER

La procédure de *Discovery of Documents* dans les législations anglo-saxonnes.

Comme toutes les législations préoccupées surtout d'assurer la sécurité de l'état présent, et la stabilité des situations acquises, la vieille coutume anglaise, la « *Common Law* » favorisait le défendeur en désavantageant le demandeur. Il est rationnel d'ailleurs que celui qui veut changer quelque chose à un état donné soit contraint de justifier au moins provisoirement de l'utilité que ce changement présente pour lui et du droit qu'il a à le réclamer. Ce fut le point de départ, commun à la Jurisprudence anglaise comme à toutes les législations du continent, qui entraîna par voie de corollaire le principe « *Nemo tenetur armare adversarium contra se* », posé par la *Common Law* (1). Mais comme tous les principes trop généraux, que la nécessité d'employer des formules brèves empêche de faire suivre des restrictions utiles, celui-ci se trouva finalement, lors-

(1) Ces renseignements historiques sont extraits de Best *On Evidence*.

qu'il fut poussé à ses extrêmes conséquences, représenter une parfaite application du *summum jus summa injuria*. Il permettait en effet aux parties de tenir cachée jusqu'au jour du procès l'« évidence », la preuve sur laquelle elles entendaient s'appuyer ; il empêchait qu'aucune d'elles puisse être obligée de présenter à l'autre la preuve qui lui permettait de soutenir ses prétentions. Comment pouvait-on dans ces conditions rendre la Justice ? A la vérité, cette rigueur implacable dans le jeu du principe avait paru intolérable et un remède particulier avait été inventé pour en atténuer les conséquences. L'organisation judiciaire anglaise comprenait deux sortes de juridictions, les juridictions de Common Law et les juridictions d'Equity (1). Chaque partie avait dès lors la faculté de remplir un « Bill d'Equity », c'est-à-dire d'avoir recours aux juridictions qui ne jugeaient pas suivant le droit commun, en vue d'obtenir la « discovery of evidence », la découverte des preuves. Mais ce remède était long, coûteux et par là bien peu adapté au but que l'on poursuivait ; car, en matière de production des preuves, la principale préoccupation doit être, semble-t-il, d'assurer la rapidité de la décision et de l'exécution, sous peine de voir la preuve disparaître par suite de manœuvres dont la réalité devient ensuite fort difficile à prouver. Il faut lire dans Bentham (2) la critique humoristique que lui

(1) Sur la Procédure anglaise, voir le rapport de M. Bertrand dans le *Bull. de la Soc. de législ. comp.* de juillet 1873, p. 380 et suiv., et notamment p. 389-390 sur les procès en Equity.

(2) *Preuves judiciaires*. Edit. Dupont, tome II, p. 339 à 344.

inspire la procédure de discovery devant les Cours d'Equity : « Après de longs, très longs débats, dit-il en conclusion, on arrive à savoir..... qu'il n'y a rien ».

Avec le temps les juges des cours de Common Law dépouillèrent peu à peu leur formalisme rigide ; ils admirèrent que dans certains cas ils pouvaient ordonner à la partie qui détenait le document de le produire à son adversaire, ou de lui en donner copie, s'il était essentiel à sa demande ou à sa défense. Mais comme tous les remèdes inventés par la pratique, celui-ci présentait un grave défaut : s'il n'était plus long ou coûteux comme le précédent, il ne pouvait jouer que dans certains cas ; un juge ne peut amender une règle qu'en se fondant sur une autre règle de droit, et pour qu'un individu fut admis à réclamer une pièce, il fallait qu'il ait sur celle-ci un droit déterminé ; on admit que dans certains cas le document présentait un intérêt commun pour les parties et se trouvait dans la garde ou dans la possession de l'une d'entre elles, en sorte qu'on pût la considérer comme une sorte de mandataire, de « trustee » dans l'affaire. Et il devint de pratique courante que la Cour ordonnât la production lorsque ces conditions se trouvaient réalisées.

Cette restriction enlevait dans bien des cas toute utilité immédiate à ce moyen nouveau et la pratique exigeait autre chose. Deux lois de Procédure de 1852 et 1854 intervinrent alors ; la dernière (1) particulièrement

(1) Common Law Procédure Act. de 1854 (17 et 18 Victoria. Ch. 125) ; les articles importants figurent sous le titre de discovery of documents aux §§ 50 et suiv. et visent à la fois l'exhibition de pièces et l'interrogatoire oral ou par écrit.

dans son paragraphe 50 prévoit que les juges des Cours supérieures de Common Law peuvent, sur la demande de l'un des plaideurs, contraindre l'adversaire à indiquer quels sont les documents concernant l'affaire qu'il détient en son pouvoir. Dans la suite, la grande réforme de 1873 qui unifia l'organisation judiciaire de la Grande Bretagne par la création de la Cour suprême de Justice, généralisa encore le principe de la discovery. L'annexe du « The Supreme Court of Judicature Act » de 1873 (1) prévoit dans ses articles 26 et 27, le droit pour la Cour d'ordonner la production de tout document relatif au procès, et la généralité des expressions employées est telle que le droit reconnu à la Cour n'a pour ainsi dire pas de limites.

Le terme de « Discovery » n'est pas particulièrement attaché à la procédure d'exhibition de pièces, qui n'en est qu'une des applications ; c'est un terme générique qui correspond :

- 1° A l'interrogatoire sur faits et articles ;
- 2° Au droit de connaître quels sont les documents en la possession de l'autre partie ;
- 3° Au droit de prendre des copies de ces mêmes documents ou droit d'inspection ;
- 4° A un droit spécial visant l'exécution des obligations (2).

Ce sont les droits de la 2^e et 3^e catégorie qui seuls nous intéressent. On les appelle plus particulièrement

(1) Voir ces articles dans l'*Annuaire de législation étrangère*, année 1873, p. 62 et 63.

(2) R. E. Ross, *The Law of Discovery*, in-8° Londres, 1912, p. 3.

« discovery of documents » et « inspection of documents ».

Dans toute action, aussitôt que le défenseur a produit sa défense, mais pas avant, toute partie peut, sans désigner un document spécial, faire sommation à son adversaire de produire, sous la foi du serment, tous documents en sa possession se rattachant à la question en litige (1). Cependant, cette action pourrait présenter de nombreux inconvénients ; elle entraînerait souvent des abus (2), aussi a-t-on décidé pour pallier en quelque mesure à ce grave inconvénient et restreindre le plus possible le nombre des instances purement vexatoires, que ce privilège ne serait pas gratuit : en s'adressant à l'autorité compétente, on devra déposer cinq livres, ou une somme inférieure si cette autorité la juge suffisante, pour garantie des dépens (3).

A l'heure actuelle les personnes contre lesquelles on peut obtenir un ordre de discovery sont les suivantes : D'abord le demandeur et le défendeur, le droit étant égal pour les deux plaideurs. Ensuite les personnes étrangères au procès, mais « dans le cas seulement où elles possèdent des éléments propres à l'exposé d'un droit ou à l'éclaircissement d'un point donné de la question litigieuse » (4). Par exemple un défendeur

(1) Serjeant Stephen, *Commentaries of the Laws of England* (14^e Edit. 1903), tome III, p. 586.

(2) De Franqueville (*Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, tome II, p. 95-96) soutient que cette institution donne lieu à de fréquents abus.

(3) *Encyclopædia of the Laws of England*, v^o Discovery of Document.

(4) Halsbury, *The Laws of England*, v^o Discovery, vol. 11.

peut obtenir la mise en mouvement de la discovery contre son codéfendeur, une personne mise en cause peut également obtenir la discovery contre le demandeur « s'il y a des droits à ajuster entre eux dans l'espèce, mais pas autrement ». En un mot, en ce qui concerne les tiers, la discovery ne sera accordée que dans le cas où un rapport de droit préexistant entre le tiers et le plaignant autorise cette procédure. « En général, conclut l'article de Halsbury, sauf l'existence de ces rapports, le droit d'obtenir la discovery et l'obligation de s'y soumettre sont limités aux parties proprement dites ». Seulement ce mot de parties ne doit pas être limité aux parties en nom, il doit être étendu aux personnes qui sans être parties dans la forme, le sont cependant dans la réalité des choses ; ainsi les documents qui sont en la possession d'un « agent » (1) de la partie doivent être exhibés au même titre que ceux qui sont en son pouvoir personnel.

Le rôle du défendeur à l'ordre de discovery générale (2), c'est-à-dire à un ordre lui prescrivant de révéler tous les documents qui sont en sa possession, est particulièrement important. Il doit rédiger un affidavit (déclaration sous serment) spécifiant tous les documents relatifs aux questions en litige qui sont ou ont été en

(1) L' « agent » en droit anglais c'est le préposé du maître.

(2) En pratique d'ailleurs la demande de discovery sera le plus souvent générale quand on aura lieu de supposer la possession par l'adversaire de pièces que l'on ne connaît pas (*Encyclopædia of the Laws of England*, loc. cit.). Quant au terme de défendeur il ne doit point faire illusion, la discovery peut être ordonnée contre l'une quelconque des parties, demandeur ou défendeur.

sa possession; il doit en donner une description assez précise pour permettre de les identifier par la suite, si la Cour jugeait utile d'en ordonner la production. Il sera en quelque manière juge du point de savoir si le document doit être considéré comme « relevant », c'est-à-dire ayant trait à la contestation, car il peut laisser sans mention tout document que de bonne foi il considèrera comme n'étant pas relevant. Toutefois, il devra être fort prudent dans ses appréciations car le principe, d'après les paroles du Lord Justice Brett, dans une affaire jugée en 1882 (1), est que la discovery « doit s'entendre dans un sens aussi large que possible (as elastic as was possible) et comprendre tous les documents qui d'une manière quelconque sont relatifs au procès ». Mais il est des actes qu'il peut être important de ne pas communiquer, l'intérêt du demandeur n'est pas le seul en jeu et il faut tenir compte aussi de celui du défendeur. Aussi tout en les déclarant, le défendeur spécifiera sur la liste qu'il présente qu'il désire ne pas les exhiber, en en donnant la raison.

Matériellement la liste de documents que doit fournir le défendeur consiste en un tableau en plusieurs sections, comportant séparément (2) : les documents qu'il a en mains ou en son pouvoir et qu'il peut produire, les documents qu'il possède, mais ne veut pas produire avec les raisons qui motivent son refus, les documents qu'il possédait, mais qu'il n'a plus.

(1) Affaire Compagnie financière du Pacifique c/ Péruvian Guano Compagnie. Citée par Ross, p. 154.

(2) Ross, *op. cit.* Appendices B, n° 8 et D. n° 107, donne le modèle de ces tableaux.

Le droit qui appartient à l'autre partie de se renseigner sur les documents que possède son adversaire est distinct du droit d'en obtenir l'inspection ou l'exhibition. Si l'on peut refuser la production en se fondant sur un juste motif, on ne peut pas ne pas révéler l'existence des documents. En pratique on distingue donc la production de la discovery, et chacun de ces actes donne lieu à un ordre spécial de la Cour (1).

La sanction de toutes ces dispositions est remarquable. Si une partie manque à s'exécuter, elle est passible d'un « writ of attachment » qui entraîne son emprisonnement jusqu'à ce qu'intervienne un ordre d'élargissement (2). L'exécution des ordres judiciaires est en effet très fortement assurée en Angleterre, où il existe un délit spécial de « contempt of Court » (mépris de la Cour) qui permet de punir d'un emprisonnement celui qui n'a pas déféré à un ordre donné par la Justice (3). Il y a aussi une sanction civile : si la partie est demanderesse, elle peut être déboutée de sa demande, si elle est défenderesse elle peut voir sa défense rejetée ou se trouver dans la même position que si elle n'était pas défendue (4).

Il est nécessaire de donner quelques détails sur les documents qui échappent à l'exhibition, ainsi que sur

(1) Ross, *op. cit.*, p. 153. Voir les ordres spéciaux à la discovery d'une part, à la production d'autre part dans les Appendices de ce livre p. 319 et s. et p. 338.

(2) Halsbury, *The laws of England*, vol. 7, mot « Contempt of Court », nos 658, p. 312 et 670, p. 318.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1873, p. 17.

(4) *Encyclopædia of the Laws of England*, loc. cit. — Ross, *op. cit.*, p. 263 et suiv.

les motifs admis à ce sujet (grounds for resistance) (1). Cela permettra de mieux comprendre le mécanisme de l'institution en pratique. On peut ne pas produire :

1^o Les documents exclusivement relatifs au plaideur, sur son serment qu'ils sont bien tels et ne renferment rien qui soit de nature à établir le titre de l'adversaire ;

2^o Les documents préparés en vue d'un procès, par exemple la correspondance avec un avocat, pourvu qu'ils se rapportent à un procès actuellement en instance ou imminent (legal professional privilege). Ce privilège ne s'étend d'ailleurs pas aux défenseurs extralégaux, ou à la correspondance échangée entre co-défendeurs. De plus, lorsque dans une action il est allégué, avec quelque apparence de raison que le défendeur s'est rendu coupable de fraude ou illégalité équivalente, ses rapports avec son sollicitor n'échappent pas à la production pour cette seule raison, même si celui-ci n'est pas coupable de complicité ;

3^o Documents de nature à incriminer la personne, c'est-à-dire à l'exposer à des poursuites criminelles ;

4^o Documents appartenant à un tiers. Personne ne peut être tenu de produire les documents qu'il détient pour le compte d'un autre, si leur propriétaire s'y oppose, comme c'est le cas pour un avoué qui détient des pièces pour son client ;

5^o Documents concernant l'Etat. Pour en obtenir la production une autorisation du chef du département intéressé est nécessaire.

(1) Ross, *op. cit.*, p. 213 à 263.

En résumé on peut dire qu'échappent seuls à la production les documents qui n'intéressent pas directement la cause, ou dont la production causerait, soit au défendeur soit à des tiers, plus de préjudice qu'elle ne rapporterait peut-être de profit à celui qui la demande. C'est, vue par son côté négatif, la même restriction qu'en termes positifs le droit romain formulait dans la fameuse loi 22 au Code, *De fide instrumentorum* : « *si quidem ex illius prolatione nihil ipso damni sensurus sit* ».

S'il est permis en une matière aussi complexe et touffue que celle-ci, dans laquelle l'absence de principe visible déroute un peu l'esprit, de formuler, avec toutes les réserves possibles, les règles qui semblent se dégager des faits, on pourrait dire :

1° Que la *discovery of documents* correspond assez bien à l'action *ad exhibendum* romaine, en tant qu'elle s'appliquait aux documents ;

2° Que les parties sont mutuellement tenues d'exhiber leurs titres dans un procès ; sauf certaines exceptions peu importantes ;

3° Que les tiers peuvent y être contraints seulement si un rapport de droit préexistant entre eux et l'une des parties fonde la demande de celle-ci ;

4° Que l'obligation qui pèse sur la partie défenderesse à la *discovery* est une véritable obligation légale, assortie d'une sanction civile ou pénale grave, et que c'est une obligation de faire obligeant la partie à une prestation positive.

APPENDICE.

Droit américain et canadien.

En règle générale les principes du droit anglais s'appliquent au droit canadien dans les provinces d'origine anglo-saxonne, d'après une série de règlements qui ont trait à la question et dont on trouvera l'énumération dans R. E. Ross, *The Law of discovery*, page 176. La partie qui a reçu un ordre de discovery doit indiquer les documents qu'elle a ou a eu en sa possession, concernant l'affaire et les déposer chez un officier public.

Aux Etats-Unis (1), les principes du droit anglais s'appliquent aussi. D'après la Common Law, une partie peut par ordre de la Cour examiner tous les documents inclus au procès qui sont au pouvoir de la Cour. Si une partie refuse de produire un document, après une demande de l'adversaire, elle ne sera pas admise à s'en servir par la suite comme preuve, sans le consentement de l'autre partie.

Lorsque le document se trouve aux mains d'un tiers, ou use d'une procédure spéciale appelée « *sub poena duces tecum* ».

Toutes ces règles ne concernent que les documents privés.

En droit statutaire, les lois obligent souvent à la production directe des documents détenus, et accompagnent cette obligation de sanctions déterminées.

(1) Best, *On Evidence*, note au § 624.

CHAPITRE II

Législations germaniques

« *Vorlegung von Sachen et Urkundenedition* ».

Le droit allemand est resté plus longtemps que le nôtre en contact avec le droit romain, puisque jusqu'à la codification récente du droit civil, le droit romain jouait encore un rôle complémentaire des lois existantes. Encore en 1872, Demelius pouvait dans le même livre (1) étudier, à propos de l'exhibition, à la fois le droit romain et le droit moderne de l'Allemagne et appliquer les règles du premier au second. Mais cette étude est trop historique pour nous servir utilement. Toutefois nous lui emprunterons l'idée exposée au parag. 56, « de lege ferenda », sur l'origine de l'obligation d'exhibition : « L'obligation d'exhibition, dit-il, tire directement son origine de la tendance à une égalisation des situations entre les parties au procès. Si d'une part, on enlève, grâce à elle, à celui qui est reven-

(1) *Die Exhibitionspflicht in ihren Bedeutung für das classische und heutige Recht.*, in-8°. Gratz, 1872.

diquant la preuve très délicate de son droit à la chose, on n'enlève d'autre part absolument rien au possesseur de la chose réclamée. Tout ce que celui-ci y perd, c'est seulement la possibilité de rendre impraticable la preuve du droit du demandeur... » En droit romain, en effet, surtout avec le formalisme de la procédure formulaire, s'il n'avait pu contraindre le défendeur à l'exhibition, le propriétaire revendiquant n'aurait jamais pu obtenir la reconnaissance de son droit. Comme l'a fait aussi remarquer Démélius, il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque les pouvoirs du juge permettent à celui-ci d'ordonner d'office des mesures d'inspection, puisque, aussi, l'extension considérable du droit pénal permet à la police de se substituer aux parties pour la recherche des choses volées au moindre soupçon de larcin, recel, détournement (1). Si les effets particuliers dûs à la technique du droit romain ont disparu avec lui, le principe est resté ; c'est bien cette tendance à l'égalisation de la position des parties aux procès qui est à la base de l'action *ad exhibendum* en droit moderne, comme elle l'était en droit romain. On veut éviter que la difficulté de prouver ses allégations n'empêche une partie d'obtenir son droit. Et nous allons voir que les Codes allemands ont admis des dispositions assez nombreuses concernant la production des documents ou des choses. Au cours du xix^e siècle, avant de parvenir à l'unification de sa législation, l'Allemagne a connu le régime des codifications fragmentaires, particulières à chacun des Etats formant la Confédération. Déjà cer-

(1) Demelius, *op. cit.*, § 53.

tains codes (bavarois, prussien, etc....) portaient des articles spéciaux.

Le Code de procédure allemand de 1877 (1) présentait aussi une disposition concernant la production des titres au cours d'un procès. L'article 387 de ce Code s'exprimait ainsi :

« L'adversaire est obligé à la production du document :

1° Quand celui qui prouve peut, même en dehors du procès, exiger d'après les dispositions du Droit civil, l'exhibition du document ou sa représentation ;

2° Quand, d'après son contenu, le document est commun entre celui qui prouve et l'adversaire.

« Un document est particulièrement considéré comme commun pour les personnes dans l'intérêt desquelles il a été établi, ou dont il prouve les rapports de droit réciproques. Sont aussi considérés comme communes les négociations constatées par écrit, intervenues à propos d'un acte juridique entre les intéressés ou entre l'un d'eux et un intermédiaire commun dans l'affaire. »

Le Code de procédure allemand de 1877 contenait donc, non seulement l'application des principes, comme il est normal en matière de procédure, mais le principe lui-même. Aussi, avec le grand mouvement de codification qui aboutit d'une part au Code civil allemand de 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, et d'autre part à la révision du Code de Procédure en 1898, la matière du droit à l'exhibition fût elle réorganisée.

(1) A ce sujet voir Lederlin, *Etude sur le projet de Code de procédure allemand* (qui aboutit au Code de 1877) dans *Bull. Soc. Législ. comp.*, 1874, p. 185 et s. et notamment p. 202.

Le premier projet de Code civil allemand, dans son article 775, tout en définissant le rapport obligatoire visant à l'exhibition comme un rapport de droit privé, renvoyait purement et simplement au Code de Procédure (1). Quand le projet revint devant la seconde commission, on estima plus rationnel, puisqu'il y avait là un droit privé, de faire figurer les règles et les principes dans le Code civil, où ils forment un titre spécial, titre 23, de la matière des Obligations, composé de 3 articles (art. 809 à 811). Le nouveau Code de procédure civile (art. 422) ne contient plus que l'application des règles du Code civil au cas de procès.

L'art. 422 du Code de procédure civile (qui remplace l'art. 387 de la rédaction de 1877) est dès lors ainsi conçu :

« La partie adverse est obligée à la représentation du document quand celui qui fait la preuve peut exiger l'exhibition ou la représentation du document d'après les principes du droit civil ».

D'autres dispositions suivent : d'après l'art. 423 l'adversaire est aussi obligé à l'exhibition des documents dont il a tiré argument, et l'art. 429 oblige les tiers à l'exhibition, comme l'adversaire, suivant les mêmes principes (2).

Mais les théories vraiment intéressantes sont maintenant passées dans les articles 809 à 811 du Code civil

(1) Sur ce point, voir Saleilles, *Etude sur le 1^{er} projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*. Bull. soc. lég. comp., 1889, p. 669, n° 68.

(2) Ernst Siegel, § 810 des *Bürgerlichen Gesetzbuchs als Vorlegungsgrund im Prozess*. Iéna, 1904, p.4.

allemand. L'article 809 s'occupe de l'exhibition des choses, l'art. 810 de celle des documents, l'article 811 des règles générales visant la production matérielle. Ce qui ressort à première lecture de ces textes, c'est la volonté formelle de limiter l'exhibition à certaines hypothèses très nettement déterminées. Comme le fait remarquer Planck (1), on n'a pas osé admettre l'obligation d'exhiber une chose de la façon très large dont l'admettait le Droit romain. D'abord l'action *ad exhibendum* a perdu de nos jours beaucoup de l'importance pratique qu'elle avait autrefois en matière de *rei vindictio* ; d'autre part, il est des cas particuliers dans lesquels la Loi a déjà réglé l'exhibition (exemple : dette certaine avec droit d'option du créancier, droit de l'associé d'examiner les registres de la société, art. 716, droit à l'exhibition d'une créance hypothécaire en vue de rectifications au registre hypothécaire, art. 896..., etc...) Enfin, il faut toujours penser au danger que représente l'action *ad exhibendum* lorsqu'elle est exercée injustement. On doit craindre qu'elle ne permette la violation des secrets d'affaires ou des secrets domestiques ; aussi ne donnera-t-on pas l'action *ad exhibendum* dans tous les cas où un intérêt prétendu ou apparent serait allégué ; la Loi exigera plus : elle demandera que la chose à exhiber se trouve en tout ou en partie dans un certain rapport préexistant avec la personne qui en demande l'exhibition. Chacune des hypothèses des art. 809 et 810, que nous allons étudier peut se ramener à cette idée.

(1) *Bürgerliches Gesetzbuch*, tome 2, p. 918 (3^e édit. Berlin, 1907).

En ce qui concerne l'exhibition des choses, l'article 809 déclare :

« Quiconque a contre le possesseur d'une chose une prétention relative à cette chose, ou veut obtenir la certitude sur le point de savoir si une pareille prétention lui appartient, peut, lorsque pour cette cause l'inspection de la chose présente pour lui quelque intérêt, exiger que le possesseur soumette la chose à son inspection ou lui en permette l'inspection. » (1)

Il faut donc chez le réclamant un droit prétendu sur la chose, ce qui suppose que cette chose se trouvait antérieurement dans une certaine relation avec lui ; sa demande ne serait pas admise s'il l'intentait dans un simple but de curiosité, ou s'il ne demandait pas l'exhibition pour fonder une prétention contre le possesseur de la chose ; l'idée est la même que nous avons vue à la base de l'action *ad exhibendum* du *Jus civile* romain.

A raison de la généralité de ses termes l'article 809 est très compréhensif quant à son objet. Quelle que soit la nature de la chose, mobilière ou immobilière, quel que soit le droit prétendu, l'exhibition s'applique. La seule condition, répétons-le, c'est que le droit soit relatif à la chose, ce qui fait que la demande, bien que personnelle, présente à ce point de vue comme un certain caractère réel. Mais le droit portant sur la chose peut être affecté d'une condition suspensive ou d'un terme ; constituera-t-il cependant un droit suffisant

(1) La traduction donnée est celle qui a été publiée en France par les soins du Ministère de la Justice. Il en est de même pour les autres articles du Code civil allemand, *infra*.

pour motiver la demande d'exhibition ? A cette question, Dierschke (1), répond négativement, car le droit est suspendu tant que la condition n'est pas réalisée ou que le terme n'est pas arrivé, et cela est absolument juridique. Mais dès que la condition sera réalisée, l'art. 160 du C. civ. all. autorise « l'ayant-droit sous condition suspensive » à « exiger de l'autre partie réparation du dommage si cette dernière, quand la condition était pendante, a par sa faute anéanti ou amoindri le gage dépendant de la condition ». En s'appuyant sur ce texte, on doit accorder, avant l'arrivée de la condition ou du terme, le droit conféré par l'art. 809, en tant que d'ailleurs il apparaîtra qu'il y a un intérêt particulier et utile à l'exhibition (2).

Quelques exemples feront mieux comprendre le mécanisme de l'institution. On peut tirer le premier de la matière des obligations de voisinage. Dans la législation allemande, cette question, sur laquelle notre Code s'est si peu expliqué, est précisée par les art. 906 et suiv. du C. civ. all. Tout propriétaire doit supporter les inconvénients qui résultent pour lui du voisinage des fonds, tant que ces inconvénients n'atteignent pas un degré de gravité tel qu'ils constituent ce que la doctrine qualifie d'« immission inadmissible » (fumées, odeurs, bruits, etc...) ; ce degré de gravité est d'ailleurs apprécié dans chaque espèce, soit en lui-même, soit

(1) Cité par Planck. Nous n'avons pu nous procurer l'ouvrage de Dierschke qui a paru dans les *Fischers zwanglosen Heften*, 1901.

(2) Endemann, *Einführung in das studium des B. G.*, tome I, § 197-6.

d'après les usages des lieux. Mais pour intenter son action, il faut que le propriétaire prouve que les inconvénients qui le gênent proviennent bien de la propriété voisine. Aussi peut-il exiger qu'on l'autorise à inspecter la propriété du voisin pour se procurer cette preuve. Il en est de même dans les autres rapports de voisinage sanctionnés par les articles 907 et suivants du même code (établissements dangereux, fouilles, chute des fruits, menace de ruine d'un bâtiment, etc...)

Autre exemple dans le cas visé à l'art. 833 C. civ. all. ; il s'agit d'une personne qui a été blessée par un animal appartenant à une autre personne. A raison du droit qui lui est conféré, la personne blessée peut exiger l'inspection de l'animal.

Autre exemple enfin, dans les obligations alternatives dans lesquelles le créancier qui a le choix entre plusieurs choses, a aussi droit à l'exhibition de chacune de ces choses. Il n'en est plus de même au cas où le choix appartient à un tiers, car le tiers, lui, n'a aucun droit contre le débiteur. On peut cependant se poser la question de savoir si le débiteur n'est pas obligé, d'après les règles de la bonne foi, à exhiber au tiers, sur la demande du créancier, les choses qui sont en sa possession (1). Partout, dans tous ces exemples, et plus particulièrement dans le dernier, nous voyons bien apparaître cette idée que l'exhibition ne peut être accordée qu'à la personne qui a déjà un certain droit sur la chose.

(1) L'affirmative est soutenue par Endemann, t. I, § 197, rem. 8. V. Planck, p. 922.

En ce qui concerne le défendeur à la demande d'exhibition, ce sera celui qui est le détenteur de la chose, celui de qui on peut matériellement obtenir la représentation. Le mot de possession serait à la fois trop étroit et trop large, trop étroit, car d'autres que les possesseurs peuvent être tenus, trop large, car tous les possesseurs n'y peuvent être contraints, puisque d'après les règles du droit on peut posséder par l'intermédiaire d'autrui. Au cas de possession par autrui, il ne suffirait pas de demander l'exhibition au possesseur juridique, il faut la demander à celui qui a la chose effectivement en son pouvoir. A ce point de vue encore l'obligation d'exhiber présente donc un caractère réel, elle est attachée à la chose plus qu'à la personne, qui en est tenue en quelque sorte « *propter rem* ».

Il appartient au demandeur de prouver qu'il se trouve bien dans l'un des cas prévus par la Loi. Dans la seconde hypothèse prévue par le texte, quand « le demandeur veut obtenir la certitude sur le point de savoir si une prétention relative à une chose lui appartient », il devra prouver qu'un pareil droit lui appartiendra quand le fait, qui doit être constaté par l'inspection de la chose, sera établi (par exemple l'identité de la chose que possède l'adversaire avec celle sur laquelle il a une prétention) (1).

Enfin, le droit d'exhibition consiste essentiellement dans l'inspection de la chose exhibée, « *in Ansehung der Sache* ». Ces mots prouvent qu'il suffit que l'on puisse constater l'existence et la constitution de la

(1) Dierschke cité par Planck, *op. cit.*, p. 922.

chose, mais qu'on ne peut pas aller au delà. Ainsi l'exhibition ne saurait permettre la séparation de deux ou plusieurs choses réunies en une seule, si par ailleurs la chose exhibée, quoique réunie à d'autres, est suffisamment reconnaissable par elle-même.

Si nous passons maintenant à l'exhibition des documents, nous apercevons la même volonté de la réduire à des hypothèses précises. L'article 810 s'exprime ainsi :

« Quiconque a un intérêt juridique à prendre connaissance d'un titre qui se trouve en la possession d'autrui peut exiger du possesseur qu'il lui en permette l'examen, si le titre a été dressé dans son intérêt, ou que dans le titre soit authentiquement constaté un rapport juridique existant entre lui et une autre personne ou lorsque le titre contient, par rapport à un acte juridique, des négociations qui seraient intervenues entre lui et un autre, ou entre l'un des deux et un intermédiaire commun. »

Nous savons déjà que ce texte a été immédiatement inspiré par l'art. 387 du C. de proc. civ. all. de 1877; mais la rédaction en a été modifiée. L'on n'a plus voulu mettre au premier plan et poser en quelque sorte comme principe l'idée de communauté de titre telle qu'elle se dégageait du Code de procédure et les rédacteurs ont préféré indiquer séparément dans l'article les cas dans lesquels l'exhibition était admise, sans formuler de principe général. On a craint en effet, et à juste raison, que l'idée d'un titre commun énoncée

comme principe, n'entraînât, de la part des interprètes, une trop stricte limitation de l'obligation d'exhiber (1).

Le droit visé à l'art. 810 est indépendant de celui portant sur l'objet lui-même ; il s'applique seulement au contenu du titre. Ce que l'on recherche, c'est moins l'objet matériel lui-même que les signes d'écriture qu'il porte. L'art. 810 se complète d'ailleurs par l'art. 809, car il ne peut embrasser, de par sa rédaction, que les titres portant des écritures. Si donc on demande l'exhibition d'un objet qui ne rentre pas dans cette définition, bien que l'on fasse cette demande, non pour l'objet lui-même, mais pour ce dont il fait preuve, on doit agir par l'art. 809 et non par l'art. 810.

Pour autant que le titre recherché rentre dans les conditions de l'art. 810, on ne peut en obtenir l'inspection que dans des cas déterminés. La condition essentielle posée au droit d'examen, c'est que le titre ait été dressé en vue d'une relation qui touche aux intérêts juridiques du demandeur. C'est la même idée que nous avons vue dans l'art. 809. Pour obtenir l'exhibition de la chose il fallait que le demandeur prétendît avoir un droit sur elle, c'est-à-dire qu'il y ait entre la chose et lui un certain rapport préexistant ; pour obtenir l'exhibition d'un document, il faut que le titre concerne par certains points la personne du demandeur et que ce rapport qui existe entre eux soit un rapport établi antérieurement à la demande d'exhibition. Trois hypothèses sont prévues dans l'art. 810 :

(1) On pourra ainsi étendre par analogie les solutions de l'art. 810, quand le besoin s'en fera sentir.

1° Le titre a été dressé dans l'intérêt du demandeur;

2° Dans le titre est authentiquement constaté un rapport juridique existant entre le demandeur et une autre personne ;

3° Le titre contient, par rapport à un acte juridique, des négociations qui seraient intervenues entre le demandeur et une autre personne, ou entre l'un des deux et un intermédiaire commun.

1^{er} Cas. Le titre a été dressé dans l'intérêt du demandeur. — Cela implique que le titre a été dressé en vue de servir de preuve, car on ne dresse généralement un titre dans l'intérêt de quelqu'un que pour constater un droit à son bénéfice, ou une obligation à sa charge. Par conséquent seront éliminés tous les registres, papiers de famille, lettres privées ; ces titres n'ont pas été dressés dans le but de servir de preuve et ne peuvent donc être réclamés. Il en est de même des actes des autorités qui sont établis en vue d'un intérêt public et qui ne peuvent être soumis à l'exhibition. Et cependant il est des cas où il serait fort utile d'obtenir la représentation de pareils documents ; mais justement, c'est en pareille matière que le danger d'une violation des secrets apparaît avec le plus d'intensité.

Il n'est pas nécessaire que le document ait été dressé exclusivement dans l'intérêt du demandeur, il suffit qu'il ait été dressé dans son intérêt, même si cet intérêt n'est apparu que comme secondaire à ce moment. Ainsi, dans le régime de la communauté, lorsque le mariage est dissous, la femme peut exiger la représentation des livres de commerce de son mari, parce qu'elle a un intérêt juridique à la détermination de la fortune

commune et qu'en une certaine manière on peut dire que les livres ont été tenus dans son intérêt (1).

2^e Cas. Dans le titre est authentiquement constaté un rapport juridique existant entre le demandeur et une autre personne. — Cette catégorie comprend tous les titres destinés à la constatation d'une convention c'est-à-dire portant la mention des droits et des obligations de chacun, et faisant nettement apparaître le *vinculum juris*, le lien de droit. Les quittances en font partie, si elles revêtent cette forme (mais si la quittance n'est qu'un certificat unilatéral de réception, elle doit être considérée comme un papier privé). On peut signaler ici les livres de comptes qui sont tenus entre commerçants et clients, les livres d'une caisse d'épargne, et les livres des plus grandes institutions ou établissements pour autant qu'il s'agit des écritures qui se rapportent à celui qui en demande la production. Les livres de commerce des négociants appartiennent à cette catégorie. (C. com. all., art. 45-47). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le document concerne le rapport de droit dans son entier, il suffit qu'il fasse preuve d'un fait qui soit de conséquence pour l'établissement de ce rapport de droit, par exemple un paiement.

3^e Cas. Le titre contient, par rapport à un acte juridique, des négociations qui seraient intervenues entre le demandeur et un autre, ou entre l'un d'eux et un intermédiaire commun. — Ce texte serait assez obscur et difficile à comprendre si l'on ne se rappelait pas que l'idée générale est celle de documents communs, qui

(1) Planck, *loc. cit.*, p. 925.

figurait explicitement dans l'article 387 du C. pr. all. de 1877, et que cette idée, si elle n'a pas été maintenue avec les termes précis qui la revêtaient dans cet article, a cependant constamment été présente à l'esprit des rédacteurs. Dans ce troisième cas rentrent des écrits de toute sorte, dont le caractère général est qu'ils sont tous des documents communs aux deux parties. Cela comprend les lettres échangées soit avant, soit après la conclusion du contrat, et aussi la correspondance avec un courtier qui a agi à la fois pour les deux parties. Par contre il n'y a pas à exhiber l'échange de lettres survenues entre un contractant et la personne chargée par lui de servir d'intermédiaire ou de conclure l'affaire ; dans ce cas en effet, il ne peut plus être question de document commun, et c'est à titre purement particulier que la partie a agi dans ce cas.

Quant à l'exercice du droit d'exhibition, on peut poser les règles suivantes : Il ne suffirait pas, pour accomplir son obligation, que le débiteur présentât une copie certifiée du document (1). Le principe général à appliquer en cette matière est celui qui est formulé à l'art. 242 du C. civ. all. visant l'exécution des obligations. D'après l'art. 242, « le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproques, en corrélation avec les usages admis en affaires », principe particulièrement important qui permet d'une façon générale d'apprécier les obligations et d'en modifier le contenu suivant les circonstances, les usages et l'équité.

(1) Une motion présentée en ce sens lors de la discussion de l'article fut rejetée, v. Planck, p. 926.

Cet article permet au débiteur, lorsqu'il estime que son exécution est satisfaisante, et que le juge l'estime aussi, d'opposer au créancier une sorte d'*exceptio doli*, semblable à celle qui joua un rôle si considérable en droit romain (1).

Dans la matière de l'obligation d'exhibition, le principe de cet article 242 servira de règle pour déterminer la manière dont l'obligation doit être remplie. Des copies pourront elles être prises? l'ayant-droit peut-il exiger l'examen de tout le document alors qu'une partie seule l'intéresse? Peut-il se servir d'un expert ou d'un représentant? Autant de questions que le juge tranchera suivant la « loyauté et confiance réciproques, et en corrélation avec les usages admis en affaires ».

En règle générale, le demandeur pourra cependant exiger l'examen du document entier; la plupart du temps en effet il ne saura pas quelle est la partie du document qui présente le plus d'intérêt pour lui. Pour la production des livres, la règle est qu'on ne doit exhiber que les parties du livre qui concernent celui qui demande la production (art. 46 C. com. all.) ce qui est rationnel (2). Enfin l'obligation d'exhibition consiste pour la partie obligée dans la présentation du document au demandeur; il ne suffirait pas qu'elle conduise le demandeur dans ses archives et l'autorise à y fouiller. C'est à elle d'effectuer les recherches.

C'est d'autre part au demandeur qu'il appartient de prouver que le document demandé est dans une relation

(1) Comparer l'article 1134 du Code civil: « Elles (les obligations) doivent être exécutées de bonne foi ».

(2) Comp. C. de com. français, art. 15 à 17.

très étroite avec le rapport de droit que la production doit servir à éclairer.

La sanction des deux obligations présentées par les articles 809 et 810 est celle qui dérive des principes généraux du droit allemand sur la non exécution : lorsque la partie qui est obligée à l'exhibition ne remplit pas son obligation ou refuse de la remplir, elle est tenue de dommages-intérêts représentatifs de la valeur du préjudice causé par son refus, règle d'ailleurs assez vague, qui reconnaît au juge du fait un pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Enfin l'article 811 traite des règles générales matérielles concernant l'exhibition, et il les pose en ces termes :

« Dans les cas des articles 809 et 810, l'exhibition s'effectue au lieu où se trouve la chose à exhiber. Chaque partie peut exiger l'exhibition en un autre lieu, en cas de cause grave.

« Les risques et les frais sont à la charge de celui qui exige l'exhibition. Le possesseur peut refuser l'exhibition jusqu'à ce que l'autre partie lui avance les frais et lui fasse prestation de sûreté à cause des risques. »

Le principe que l'exhibition doit avoir lieu à l'endroit où se trouve la chose à exhiber, est rationnel : s'il devait en être autrement, il y aurait aggravation inutile de l'obligation du défendeur, et augmentation inutile aussi des frais à la charge du demandeur. Quant à la « cause grave » qui permet de déroger au principe, le code ne la détermine pas ; ici le juge a pleins pouvoirs d'appréciation. La cause grave peut résulter soit des rapports

personnels des parties, soit de circonstances extérieures, c'est le cas d'espèce qui déterminera la décision du juge (1).

D'autre part, il ne faut pas entendre les mots « lieux où se trouve la chose » en un sens trop rigidement formaliste ; ce lieu est plutôt le « lieu géographique » (1), c'est-à-dire assez large, et là encore la notion de bonne foi doit élargir ce que les termes de la Loi présenteraient de trop précis. Par exemple la production ne s'effectuera pas nécessairement dans le bureau ou dans le magasin de celui qui y est obligé. Quant à la production au cours d'un procès, les dispositions du Code de procédure civile, que nous avons déjà rapportées, prescrivent qu'elle doit se faire au siège du tribunal ; elles demeurent sans changement.

Les frais de la production sont à la charge du requérant ; les risques sont aussi à sa charge, ce qui le rend responsable de tout dommage ou détérioration accidentellement survenu à la chose, même s'il a pris toutes les précautions nécessaires.

Cette étude un peu rapide du droit allemand nous paraît cependant avoir montré la vérité de cette affirmation que nous plaçons en tête de ces développements ; la législation allemande n'admet pas l'obligation d'exhibition et l'action qui en découle dans toutes les hypothèses, à raison d'un simple intérêt. Elle restreint son

(1) Rapp. l'art. 626 du C. civ. all. qui permet la non-observation du délai de dénonciation au cas de rupture du contrat de louage de services par suite de cause grave.

(1) Planck, *loc. cit.*, p. 927.

domaine au seul cas où il existe un rapport, antérieur à la demande, entre la chose ou le document et la personne qui réclame l'exhibition. Toutefois les applications pratiques de la théorie sont cependant relativement nombreuses. On a évité par là l'obstacle que représente en cette matière la crainte de favoriser les curiosités injustifiées ou vexatoires, et d'un autre côté on donne au juge et aux individus l'assurance que la décision judiciaire rendue dans ces conditions sera le plus possible l'expression de la vérité. Ajoutons que l'admission en droit allemand de l'action *ad exhibendum*, indépendamment des influences incontestables provenant du droit romain, a pu être facilitée grandement par ce fait que cette législation admet les actions interrogatoires ou provocatoires, qui sont très discutées encore chez nous.

APPENDICE

1^o Droit autrichien.

La parenté assez étroite qui unit le droit autrichien et le droit allemand nous permet de les rapprocher dans une même étude. Le Code autrichien de procédure civile du 1^{er} août 1895 régit l'exercice de l'action *ad exhibendum* ; il distingue le cas où elle est intentée contre l'adversaire et celui où elle est dirigée contre un tiers.

A. *Action intentée contre l'adversaire.* — En principe, le Code oblige chaque partie à faire sa preuve avec tous les documents qui se trouvent soit entre ses mains, soit aux mains de l'adversaire, et à présenter ceux-ci

au juge (art. 297), faute de quoi l'accomplissement de cette obligation peut être obtenue par la contrainte (art. 272) (1). Mais on prend des précautions pour éviter les demandes vexatoires et c'est en toute connaissance de cause que le Tribunal statue. A cet effet la demande doit être très exactement précisée : le demandeur doit ou bien présenter une copie du document ou à défaut indiquer de façon très précise le contenu et les faits qu'il doit attester. Il doit en outre indiquer les circonstances qui en rendent vraisemblable la possession par l'adversaire (art. 303). Le juge ne peut refuser l'exhibition, si le document est commun aux deux parties, ou si l'adversaire est déjà tenu de présenter le document d'après le Droit civil (art. 304). Mais dans certaines hypothèses graves la représentation peut au contraire être refusée ; tous ces cas visent des circonstances où l'intérêt pécuniaire qui est à la base du procès, en général, apparaît comme moins important que l'intérêt extra-patrimonial qui serait atteint par la production (art. 305). Ce sont les cas où la production porterait atteinte à des secrets de famille, des secrets professionnels, des engagements d'honneur, ou risquerait d'exposer le défendeur à une poursuite criminelle. Le juge a d'ailleurs un très large pouvoir d'appréciation.

L'obligation d'exhibition en droit autrichien est donc, comme en droit allemand, assez réduite quant à son étendue ; c'est surtout une question d'appréciation, résolue d'après les cas d'espèce.

B. Action dirigée contre une tierce personne. — Déjà

(1) R. Pollak., *System des Oesterreichischen Zivil prozess-rechtes*, tome II, p. 585 à 587.

réduit vis-à-vis de l'adversaire, le droit nous apparaît comme bien plus étroitement limité encore contre les tiers. Le tiers ne peut être obligé à la production du document que lorsqu'il y est tenu d'après le droit civil ou quand le titre est commun avec le requérant (art. 308 et 309).

2° Droit suisse des obligations (fédéral et cantonal). —

Nous étudions ici le Code fédéral suisse des obligations, non point qu'il y ait une filiation directe entre lui et le droit allemand, mais parce que les décisions qu'il porte peuvent se rapprocher de celles du Code allemand, dans une certaine mesure. Aucun article général ne vise l'exhibition ; mais en matière commerciale, l'article 879 est intéressant à relever ; il est ainsi conçu :

« En cas de contestations relatives à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie, les personnes astreintes à tenir des livres peuvent être obligées de produire ces livres, ainsi que les lettres et télégrammes qu'elles ont reçus ».

Cette disposition ne vise que les personnes astreintes à tenir des livres, c'est-à-dire celles qui sont obligées de se faire inscrire sur le registre du commerce (art. 865 et 877 Code féd. suisse). Mais dans ce domaine restreint, elle est remarquable par son application étendue. Un tiers peut demander l'exhibition. A ce sujet M. Haberstich (1) écrit : « On ne peut nier que cette

(1) *Manuel de Droit fédéral des obligations*, traduction Gilliérou, t. III, p. 578.

obligation soit bien étendue, mais elle répond à l'idée même qui est à la base de la loi à savoir que la tenue des livres est pour le chef d'une maison une obligation, non seulement envers lui-même, mais envers tous ceux qui entrent en relations d'affaires avec lui, qu'ils deviennent ensuite ou non sa partie adverse dans un procès. « Toutefois comme on pourrait abuser de ce droit pour surprendre des secrets d'affaires, cet auteur remarque « qu'il va de soi que cette obligation ne s'étend pas à tout le contenu des livres, et à toutes les lettres et télégrammes, mais qu'elle est restreinte à ce qui se rapporte à la contestation elle-même ». Comment cette restriction est-elle opérée? par la partie elle-même comme en droit anglais, par le juge comme chez nous au cas normal de représentation des livres de commerce? rien ne nous le dit.

Mais la Suisse est dotée de Codes de procédure particuliers à chaque canton, la loi fédérale n'est pas la seule à s'appliquer devant les tribunaux. D'après M. Haberstich : « Les lois cantonales font généralement, au sujet de l'obligation de produire ses livres, une distinction : elles restreignent cette obligation lorsque la demande de production est présentée entre des tiers, et l'étendent au contraire, lorsque la production des livres est demandée par la partie adverse de leur propriétaire, en statuant que les parties en cause sont réciproquement tenues de produire tous les documents qui peuvent avoir une influence sur le jugement de la cause ».

Dans l'un des vingt-deux cantons suisses, le canton d'Argovie, le Code de procédure civile qui date du 12 mars 1900 dispose que la partie tenue de faire la preuve

peut réclamer qu'il soit ordonné à un tiers étranger, ou à une autorité publique, d'avoir à exhiber les documents qu'ils détiennent. Le tiers qui refuse de déférer à cet ordre est considéré comme témoin récalcitrant et responsable du dommage causé par son refus (1).

3° *Pays scandinaves.*

Les trois pays scandinaves possèdent des Codes qui remontent à plus d'un siècle et demi, et les efforts tentés pour rajeunir ces monuments ont toujours échoué. Aussi leur droit est-il en grande partie coutumier ou ressortant de lois positives diverses. Les Codes suédois et norvégien ne nous apprennent rien de particulier. Mais le Code danois présente un certain nombre de dispositions d'après lesquelles il est nécessaire de représenter le titre original d'une créance dans certains cas : pour rayer une inscription hypothécaire (art. 324), quand une dette est intégralement payée (art. 325), au cas de paiement partiel du capital (art. 326), au cas de perte du titre pour contraindre les détenteurs de ce titre

(1) Voici d'après Fick, *Com. du Code fédéral des obligations* (trad. Porret, Neuchâtel 1916). Introd. n° 50, p. 14, la liste des dispositions qui visent la production des pièces en Justice, avec l'indication des cantons : Zurich, L. int. art. 230 à 235, C. P. C. 615 et s. ; Schwytz C. P. C. Glaris C. P. C. 99, 106 ; Zug C. P. C. 70 et s. ; Fribourg C. P. C. Soleure C. P. C. art. 146 à 149 ; Bâleville C. P. C. 109 et s. ; Schaffhouse C. P. C. 269 à 273 ; Saint-Gall C. P. C. 152 à 156 ; Tessin C. P. C. 179 à 186 (à peu près le droit allemand) ; Grisons C. P. C. 172 et s. ; Vaud C. P. C. 194 et s. ; Neuchâtel C. P. C. 273 à 281.

à prouver leur droit (327). Ce dernier cas se rapproche beaucoup de l'action *ad exhibendum* (1).

(1) Une série de dispositions intéressantes se rencontrait dans le Code de procédure civile de Russie (Edition de 1883, complétée en 1886). Ce Code s'appliquait à la Russie proprement dite, aux provinces Baltiques et à la Pologne Russe. La matière des Preuves étant rejetée dans le Code de procédure, c'est là qu'il faut aller chercher les renseignements concernant l'exhibition. Une véritable théorie de l'action *ad exhibendum* s'y trouvait organisée. On admettait la demande soit contre l'adversaire (art. 441 à 443), soit contre les tiers étrangers au procès (art. 446-447). Le demandeur en exhibition devait préciser très nettement la pièce demandée, et supporter les frais occasionnés par la production (art. 448). Dans le cas où le danger de la violation d'un secret était particulièrement grave, c'était le Tribunal, par l'entremise de l'un de ses membres qui prenait connaissance du document et en extrayait les fragments ayant trait à l'affaire (art. 451). (Voir pour plus de détails Lehr, *Éléments de Droit civil russe*, 1890, tome II, n° 1522 et n° 1535 et s.) Malheureusement les événements qui, dans ces dernières années, ont détruit l'organisation de ce pays, enlèvent par là même à ces règles leur valeur positive actuelle; elles ne présentent pour nous qu'un intérêt documentaire.

CHAPITRE III.

Législations proprement latines.

Nous avons cru devoir réunir dans ce chapitre toutes les législations modernes, sur lesquelles nous avons pu rassembler des renseignements, dont les monuments législatifs s'inspirent directement du Code civil français et aussi des règles romaines. L'intérêt que cette étude présentera pour nous sera de nous montrer les déformations que notre Code a subies dans un développement juridique parallèle, mais non identique au nôtre. Deux sections seront consacrées à l'étude particulière de chacune des jurisprudences italienne et belge; une autre réunira quelques notes plus brèves sur une série de droits étrangers inspirés eux aussi par notre législation, ou appartenant à des races vraiment latines.

I^{re} SECTION.

Doctrines et jurisprudence italiennes.

Le Code civil italien, qui n'est en substance que le Code Napoléon partiellement remanié, ne porte, pas plus

que le nôtre, de règles concernant l'exhibition des choses ; cette origine explique son silence, qui pourrait paraître étrange à qui sait l'importance des traditions dans le droit : Le pays qui fut le berceau du Droit romain, qui après Rome connut le droit canonique et le droit pontifical, aurait-il ainsi brusquement rompu avec les siennes ? Nullement ; la doctrine et la jurisprudence italiennes, suppléant au silence de la loi positive, connaissent l'action *ad exhibendum*, et des nombreux auteurs, des multiples arrêts de jurisprudence, on peut dégager une théorie d'ensemble intéressante.

Ce serait une erreur de croire que le droit romain est le seul guide des interprètes lorsqu'ils cherchent à construire la théorie moderne de cette action. Assurément la base est en droit romain, mais depuis l'Antiquité, de nombreux textes législatifs dans les pays italiens témoignent de la survivance de l'institution. Nous connaissons déjà à quelles décisions aboutissait le droit canonique à ce sujet. Directement inspiré par lui, le droit pontifical présentait également des dispositions précises sur l'exhibition et la production des documents. Plusieurs actes législatifs pontificaux (*Motu proprio* de 1817, 1824 et 1834) posent et appliquent le principe : le requérant, bien qu'il n'ait pas la propriété ou la copropriété du document envisagé, est admis à en demander la production s'il prouve, d'une part, qu'il y a intérêt et, d'autre part, que la pièce demandée existe bien aux mains de celui à qui il la réclame ; la sanction est une condamnation à des dommages-intérêts au cas d'inexécution, aggravée quelquefois d'une sanction civile : la partie qui requiert l'exhibition est autorisée

à déterminer par son serment le contenu de ces actes ou documents (1).

Dans les pays italiens qui n'étaient pas soumis à l'autorité du pape, et dont la législation échappait à son emprise, quelques Codes seuls parlaient expressément de l'action *ad exhibendum* (2), mais certains auteurs, suppléant ailleurs au silence de la Loi, admettaient l'exhibition dans les mêmes conditions que le droit pontifical. Selon Mancini, l'équité et la bonne foi qui doivent dominer l'instance ne permettaient pas qu'on en rejette la demande. Si les tendances du droit italien, avant l'unification de la Législation, étaient moins marquées en général que dans la législation pontificale, elles n'étaient cependant pas hostiles à l'admission de l'action *ad exhibendum*. Le silence du Code nouveau sur cette question pouvait donc s'interpréter, suivant les opinions de chacun, soit dans le sens de son interdiction, soit au contraire dans celui de son admission.

Pacifici-Mazzoni (3) range l'obligation d'exhiber une chose ou un document parmi les obligations dérivant de la Loi ; mais il est très bref à son sujet. La décision à laquelle il arrive figure avec de plus amples développements dans Giorgi et dans Lessona, bien plus intéressants à consulter, car leur étude est complète et fort détaillée.

(1) Lessona, *Trattato del Prove*, tome I, 3^e édit. Firenze, 1914 n^o 63.

(2) *Code de Parme*, art. 952 et s., *Code d'Este*, art. 1159 et s.

(3) *Instituzioni di diritto civile italiano*, 5^e édit., tome IV, p. 250.

Giorgi traite aussi de cette obligation parmi les obligations nées de la loi (1). Ce mot de loi peut paraître étrange dans une législation où précisément les Codes et lois sont d'une remarquable pauvreté sur la matière. Aussi dans le préambule du Titre III (tome VI) il s'en explique plus particulièrement. « Le sens de ce mot loi doit être bien entendu, dit-il ; toutes les obligations dérivent indirectement de la Loi, prise au sens de règle objective de droit ; toutes dérivent directement de quelque fait juridique volontaire ou non, auquel la loi a attribué la puissance de créer un *vinculum juris* ». Mais la plupart de ces faits juridiques ont reçu des dénominations spécifiques traditionnelles en contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits, alors que certains autres n'en ont reçu aucune ; ce sont ces derniers qui sont généralement classés parmi les obligations *ex lege*, « comme si la loi qui est la source commune et indirecte de toutes les obligations, était pour celles-ci plus particulièrement la source immédiate du lien obligatoire. C'est là une expression assurément inexacte et impropre, mais c'est celle même de l'art. 1097 du C. civ. italien » (1370 C. civ. franç.) Déterminant ensuite les principes généraux auxquels se rattachent les obligations qu'il se propose d'étudier, il pose comme règle, en ce qui concerne notre question, l'obligation « *di permettere cio che giova agli altri et non noce a noi* », ou pour employer l'adage ancien « *quod tibi non nocet et alteri prodest facile concedendum* ». C'est sur cette base qu'il établit la construction juridique de deux

(1) *Teoria dell' Obbligazioni*, tome VI, n° 38 et suiv.

sortes d'obligations : celle de permettre en certains cas l'entrée d'autrui sur notre propriété (1), et l'obligation d'exhiber, l'action *ad exhibendum*.

Pour faire ressortir d'une manière concrète de quelle façon l'action *ad exhibendum* peut trouver un fondement dans ce principe d'équité, Giorgi donne deux exemples, l'un concernant l'exhibition demandée contre un tiers, l'autre celle demandée contre le débiteur. Supposons qu'on ait à faire la preuve de la fausseté d'un testament ; il faut pour cela présenter une pièce écrite toute entière de la main du défunt, pour permettre la comparaison des écritures. Or nous ne possédons pas de pièces de ce genre, mais nos recherches nous permettent de savoir qu'il en existe une aux mains d'une tierce personne, sans que ce soit un papier d'affaires ou une lettre confidentielle. Si l'on demande au tiers de présenter cette pièce en lui offrant de lui payer les frais occasionnés, et en s'engageant à la restituer aussitôt après, celui-ci peut-il en refuser l'exhibition ? Ce serait contraire à l'équité. Le second exemple est celui bien connu du legs d'option ; pour exercer le choix, il est nécessaire que le débiteur présente tous les objets soumis à l'option ; bien que cette obligation ne soit pas formellement indiquée par le testateur, peut-on s'y soustraire ? Non, car il n'y a pas à proprement parler dommage pour le débiteur du legs, puisque ce n'est que l'exercice pur et simple du droit du légataire, et celui-ci est aussi fondé à dire : *quod mihi prodest et tibi non nocet facile concedendum*.

(1) Comparer avec les obligations de voisinage en droit allemand, *suprà*, p. 66.

Toutefois, Giorgi ne cache pas que l'action *ad exhibendum* peut aboutir, si elle sort des limites d'une saine raison, à la consécration d'une véritable injustice, par exemple quand elle tend à obtenir la production d'une pièce dont l'exhibition causera préjudice au défendeur en fournissant au demandeur la preuve sur laquelle il appuiera une action ultérieure contre celui-ci. C'est pourquoi, dit-il, il faut admettre les principes « *arma non sunt sumenda de domo rei* », et « *Nemo tenetur edere contra se* », qui forment la limite de notre action.

Comprise rationnellement entre ces deux séries de principes, notre action doit maintenant être déterminée concrètement, c'est ici que l'étude de Giorgi est plus détaillée, que celle de Pacifici-Mazzoni. Il faut distinguer l'exhibition des choses mobilières et celle des documents.

L'exhibition des choses était particulièrement bien déterminée par les principes romains ; le droit moderne ne peut que suivre ces décisions qui sont rationnelles. Mais en pratique il faut remarquer que l'exercice d'une action préparatoire, s'il est possible, n'est plus indispensable, de nos jours, à raison de l'abandon du régime formaliste de l'antiquité. Il suffira donc que la demande d'exhibition figure dans la citation ou dans les conclusions de la partie, pour que le juge impose d'office toute mesure nécessaire. Si cependant, on voulait intenter l'action *ad exhibendum* à titre d'action séparée, les règles en seraient les suivantes :

1° Un intérêt pécuniaire fondé sur une cause apparemment légitime ;

2° La preuve de l'existence de la chose chez le défendeur ;

3° L'avance des frais si d'après les circonstances de la cause ils ne doivent pas être réservés jusqu'à la fin du procès.

Le second cas d'exhibition, celui des documents, est le plus important. C'est ici que la législation moderne diffère le plus de celle de l'antiquité ; alors qu'à Rome l'action était libéralement accordée sur le seul besoin qu'on en avait, il n'en est plus de même de nos jours. En règle générale, il ne suffit plus d'un simple intérêt, il faut qu'on excipe d'un droit.

Lessona (1) fait une distinction nouvelle, en séparant le cas où l'exhibition est réclamée d'un tiers, de celui où elle est demandée contre l'adversaire.

Dans la première hypothèse, l'exhibition est valablement demandée si on y a un droit, comme cela peut arriver au cas de dépôt volontaire, mais l'action devra être principale, on ne saurait la joindre à celle dirigée contre une autre personne. Si au contraire le document réclamé n'est pas notre propriété, il ne paraît pas possible d'agir *ad exhibendum* contre le tiers qui le détient. « On a bien invoqué, dit-il, la tradition, l'équité, et aussi l'analogie de cette situation avec celle du témoignage oral. Mais c'est absolument contraire à la Loi *« argomentare dall' obbligo di deporre come teste significa applicare per analogia una norma restrittiva della libertà(2) »* ; or la règle primordiale de toute interprétation

(1) *L'azione esibitoria*, *op. cit.*, n° 10, page 14.

(2) *Ibid.*, p. 15.

de la Loi doit être de ne pas étendre les dispositions qui par leur nature sont d'application stricte. » Par ailleurs, les Codes italiens présentent certaines dispositions particulières visant l'exhibition (livres de commerce, livres de colonage, documents communs au cas de partage, procédure de vérification d'écritures, déduction des dettes en vue de l'impôt sur les successions, etc...) ; mais en dehors de ces cas où il y a un droit certain dans la personne du demandeur, une obligation correspondante dans celle du défendeur, Lessona nous dit qu'on ne peut demander l'exhibition que si l'on invoque sur le document un droit de propriété ou de copropriété.

La jurisprudence italienne est, semble-t-il, en faveur de cette thèse. Les nombreuses références citées par les auteurs que nous venons d'étudier l'indiquent bien (1). Quelques arrêts sont cependant dissidents. La Cour de cassation de Florence, le 13 mars 1899 (2) a déclaré que « de nos jours encore, de même qu'à Rome, les conditions posées pour l'exercice de l'action *ad exhibendum* se réduisent essentiellement à deux : un intérêt pécuniaire fondé sur une cause apparemment légitime, la preuve de l'existence du document aux mains du défendeur ». La doctrine solidariste du droit canonique, et, avant elle, celle du droit romain, revivent dans ce considérant. Un autre arrêt de la Cour de Casal, en date du 19 octobre 1899 va plus loin encore et rattache l'ac-

(1) Voir ces références dans Giorgi., *op. cit.*, p. 48, note 1 et Lessona, *Trattato del Prove*, I, p. 116.

(2) 13 mars 1899, Leggi 1899, II. 9.

tion *ad exhibendum* au devoir civique de témoigner (1) : « Elle (l'action *ad exhibendum*) se fonde sur les principes généraux du droit, et se justifie par ces mêmes principes qui veulent que la justice, symbole de la vérité, ait le droit de rechercher la vérité avec tous les moyens de preuve que la Loi ne prohibe pas, et que tous les citoyens soient tenus d'y concourir pour autant que le permettent leurs intérêts, en sorte que le jugement soit l'expression exacte de la vérité. De là l'obligation pour un tiers de présenter les titres qu'il détient, pour les mêmes raisons d'après lesquelles il serait tenu d'apporter son témoignage oral..., de là le droit de demander à un tiers la production d'un titre qu'il détient suivant le principe : « *quod tibi non nocet et alteri prodest facile concedendum* ».

Les termes de cet arrêt sont volontairement généraux. Toutefois il ne paraît pas qu'il ait fait jurisprudence.

À côté des documents privés, la jurisprudence italienne présente de nombreux cas d'action *ad exhibendum* concernant des actes publics (2). « À raison du caractère d'absolue et complète publicité que le droit public moderne reconnaît aux actes des administrations publiques, il n'est pas possible à leur sujet d'invoquer la règle *Nemo tenetur edere contra se* ». Cela ne veut toutefois pas dire que le demandeur sera autorisé à faire

(1) 19 oct. 1899. Foro it., 1900.1.171. Les faits de la cause s'y prêtaient; il s'agissait d'un dépôt volontaire dans lequel le déposant a toujours le droit de demander au depositaire de lui représenter ce qui lui appartient.

(2) Lessona, *ibid.*, n° 64.

toutes recherches qu'il lui plaira en se faisant exhiber toutes les archives d'une commune ou d'un ministère, il devra préciser le plus possible sa prétention ; mais on ne lui demandera pas une description si détaillée de la pièce à fournir, qu'il serait le plus souvent dans l'impossibilité de former sa demande. Un arrêt de la Cour de cassation de Rome (1), déclare admissible l'action exhibitoire par laquelle on demande la production d'une série de documents, possédés par le défendeur, et relatifs à une certaine période (en l'espèce les procès-verbaux d'un Conseil communal pour une année déterminée), parmi lesquels devait se trouver celui intéressant le demandeur, qui ne pouvait le désigner d'une façon plus précise. Pour repousser la demande en exhibition, la commune pourrait faire observer que le document réclamé ne peut être représenté parce qu'il est perdu ou égaré, et cette réponse est d'autant plus admissible qu'il s'est écoulé un plus long temps depuis la date que porte le document en question. C'est d'ailleurs là une règle générale qui domine toute la matière de l'exhibition, bien qu'elle s'applique plus particulièrement en ce qui concerne les communes.

Un arrêt récent de la Cour de cassation de Rome, en date du 17 avril 1913 (2) est venu confirmer bien des points ci dessus indiqués. Un sous-officier se prétendant lésé par une série de nominations faites en faveur

(1) Cité par Lessona, *ibid.*

(2) *Monitore dei Tribunali*, volume 54, année 1913, p. 669-670 et note. En règle générale il semble que la jurisprudence italienne admette avec plus de facilité que la nôtre, l'action *ad exhibendum* dirigée contre une administration publique.

de personnes étrangères à l'armée, dans des emplois légalement réservés aux sous-officiers, intentait une action en réparation de ce préjudice contre le Ministère de la guerre. Il lui fallait, pour réussir dans son action, prouver à la fois les vacances d'emplois et l'attribution de ces emplois à des personnes étrangères à l'armée. Le tribunal l'autorisa à faire cette preuve et la Cour de Rome ordonna l'exhibition de certains documents. Sur pourvoi du Ministère de la guerre, la Cour de cassation de Rome ne confirma pas cette décision, mais, semble-t-il, surtout à raison de l'indétermination de la demande. « Une administration publique, lit-on dans l'arrêt, ne peut être contrainte, dans une instance engagée pour des intérêts particuliers, à exhiber tous les actes publics qui se réfèrent à une branche déterminée de l'administration de l'Etat ». En outre un fait extérieur était venu indirectement trancher le débat : une loi postérieure ayant validé toutes les nominations faites, le demandeur se trouvait sans intérêt pour agir. Mais il est intéressant de relever les motifs juridiques qui ont été accumulés dans le texte de l'arrêt. Les juges distinguent l'Etat personne de droit public et l'Etat simple personne morale, agissant dans le premier cas d'après les règles du droit administratif et public en vue des intérêts généraux de la Nation, et dans le second cas ressortissant du droit civil ou privé pour ses rapports avec les particuliers. L'action *ad exhibendum* ne saurait être que très difficilement admise quand l'Etat agit en tant que personne de droit public, car alors l'intérêt collectif s'oppose à l'intérêt individuel et il n'est pas douteux que le second doive céder au premier. Il eût été fort intéressant pour nous que l'arrêt nous donnât quelques

précisions sur le cas où l'Etat se comporte comme une simple personne morale assujettie aux règles du Droit civil ; il n'y avait pas lieu de le faire en l'espèce et les termes employés sont excessivement vagues à ce sujet. Mais une règle assez nette se dégage plus loin quant aux conditions que doivent remplir les titres à exhiber : « ils doivent être dans un rapport étroit de dépendance avec le fait qui forme l'objet du débat ». Remarquons qu'en l'occurrence, une demande portant sur une masse de documents n'avait pas de rapport étroit avec le dommage causé et prenait par conséquent les apparences d'une enquête vexatoire dirigée contre l'administration. Que serait-il arrivé, si la demande du sous-officier avait porté sur des pièces bien déterminées ? Peut-être eût-elle été plus facilement admise ; il nous paraît en tout cas qu'elle aurait été dès lors, pour employer les termes mêmes dont s'est servi la Cour, « fondée sur une juste cause, analogue à la juste cause par laquelle l'exhibition des documents possédés par le défendeur au procès est admise dans notre législation ».

Telles sont les solutions de la jurisprudence italienne. Aidés par la doctrine et par les influences incontestables du droit romain, les juges de ce pays admettent dans une certaine mesure l'obligation d'exhibition des documents, mais cette mesure est cependant plus réduite que celle qui présidait à la même institution dans l'Antiquité.

2^e SECTION.

Etude de la jurisprudence belge.

Pas plus en Belgique que chez nous ou qu'en Italie, les codes ne portent de disposition générale concernant l'exhibition des choses, et cependant les recueils de jurisprudence contiennent des articles spécialement consacrés à cette matière, manifestant ainsi la vitalité actuelle de l'action *ad exhibendum*. Les décisions judiciaires assez nombreuses réunies sous ce titre visent l'exhibition des documents.

Dans les Pandectes belges (1), les caractères de l'action sont ainsi définis : « L'action *ad exhibendum* se caractérise en ce qu'on ne demande pas communication des pièces dont un adversaire fait usage et qu'il a ainsi lui-même spontanément exhibées, mais que l'on demande communication de pièces qu'il n'a pas produites et qu'il se refuse de livrer aux débats. » A cette première hypothèse s'en joint une autre « c'est lorsqu'on prétend obtenir communication de pièces d'un tiers qui n'est point partie au procès, mais qui par la communication de celles-ci, peut aider à l'élucidation de la cause. » Il y a donc deux cas à distinguer : l'exhibition demandée à l'adversaire, l'exhibition demandée à un tiers.

(1) Collection publiée sous la direction de M. Picard, v^o *action ad exhibendum*.

1^o *Exhibition d'un document demandé à l'adversaire.*

— Les tribunaux belges ont à plusieurs reprises ordonné cette exhibition et on peut dire que la jurisprudence est établie dans le sens d'une restriction de la maxime « *Nemo tenetur edere contra se* ». En 1816, un arrêt (1) autorisait l'adjudicataire des droits d'octroi d'une ville, assigné en paiement, à demander inspection, pour établir sa libération, des comptes rendus par le receveur municipal ; cette décision devait être suivie. D'autres arrêts portent que « la règle « *Nemo tenetur edere contra se* » souffre des exceptions », « qu'il est notoire en droit que les titres puissent faire l'objet d'une action *ad exhibendum* », enfin « que la partie admise à la vérification d'un testament olographe peut demander que son adversaire ait à produire des actes sous-seings privés signés du testateur et qui sont en sa possession » (2). Les seules conditions qui semblent résulter des arrêts seraient :

1^o que l'existence du document aux mains du défendeur soit prouvée ;

2^o que le contenu du document soit de telle sorte qu'il représente une preuve indispensable.

Cette seconde condition paraît être différente de celle qui, en droit romain, exigeait simplement que le demandeur ait un intérêt à la production. Il semble que le fondement sur lequel s'appuient les tribunaux belges pour ordonner la production soit surtout, non pas l'in-

(2) Bruxelles, 10 avril 1816. Pas. 1816, p. 94.

(1) Bruxelles, 15 juin 1825 (Pas. p. 310). — 6 avril 1821 (p. 351) et 12 fév. 1819 (p. 306).

térêt du demandeur, mais l'intérêt social qu'il y a à ce que la justice soit bien rendue. « S'il est vrai que le demandeur, lisons-nous dans un arrêt de Gand (1), peut exiger la communication des pièces qui seraient prouvées être au pouvoir de son adversaire, mais dont celui-ci ne fait pas emploi, ce ne serait que pour autant que, la demande paraissant déjà appuyée de présomptions plus ou moins fortes, la production des titres du défendeur serait indispensable pour que le juge pût statuer en parfaite connaissance de cause sur les contestations qui lui sont soumises ». A son tour, la cour de Liège (2) déclare que « la maxime *Nemo tenetur edere contra se* ne peut être invoquée alors que la bonne foi, l'équité et l'intérêt de la justice réclament la production ». C'est toujours la même idée qui ressort d'un jugement d'Anvers (3) : « C'est le but des instructions judiciaires et le devoir des parties de réunir sous les yeux des juges tous les éléments de preuve qui peuvent asseoir une conviction raisonnée ». C'est dans les pouvoirs des juges que se fonde le plus souvent l'obligation imposée à une partie de produire à la demande de son adversaire. Une application de cette jurisprudence est particulièrement importante à signaler : c'est celle qui vise l'article 1334 C. civ. au sujet de la preuve à tirer des registres domestiques. La Cour de Bruxelles (4) conclut

(1) Gand, 17 déc. 1833, Pas. p. 255.

(2) Liège, 4 avril 1868, Pas. p. 219.

(3) Civ. Anvers. 16 nov. 1867. *Pandectes Belges*, v^o action *ad exhibendum*, n^o 20.

(4) 3 avril 1833. Pas. 1833 p. 215. — Voir aussi Laurent. *Principes de droit civil*, t. 19, p. 386, n^o 356.

de l'article 1331 que « le juge peut, d'office et pour s'éclairer, ordonner la production des registres et qu'à plus forte raison il peut le faire sur la demande de la partie intéressée. ». En l'espèce il était constant que le créancier tenait registre de ses fermages. Ainsi, partant de cette idée que l'article 1331 devait recevoir application, on a admis en Belgique une sorte d'action *ad exhibendum*, fondée sur ce texte. Nous verrons que la solution contraire a triomphé dans la doctrine française.

2° *Exhibition d'un document demandée à un tiers.* — La jurisprudence admet cette demande d'exhibition de la même façon que celle dirigée contre l'adversaire en se fondant sur cette considération que celui qui peut être contraint de déposer en justice comme témoin doit pouvoir, de même, être forcé de représenter en justice les titres ou pièces susceptibles d'être utiles à l'une des parties, pourvu qu'il n'en résulte pour lui aucun préjudice. C'est la même idée que le droit romain nous avait présentée, et qui se fonde sur un principe de morale sociale.

Un arrêt de Bruxelles, un peu ancien, mais important, en date du 6 mars 1863 (1) nous donne à ce sujet des renseignements très précis. Il s'agissait, pour des héritiers, de déterminer les avantages qu'une défunte avait pu faire à ses autres enfants, au détriment de l'égalité qu'elle s'était engagée à maintenir entre eux ; seuls les livres de compte de son banquier permettaient de les établir, et celui-ci se refusait à les produire. Un jugement avait accepté la thèse soutenue par le ban-

(1) Bruxelles, 6 mars 1863. Pas. 1863 p. 96.

quier. En appel, la Cour de Bruxelles cassa le jugement et son arrêt contient des explications fort importantes. « Attendu, y lit-on, que l'action *ad exhibendum*, maintenue sous l'ancien droit, n'a pas été abrogée par la législation actuelle, que le principe sur lequel elle repose se trouve consacré par le droit moderne qui oblige chacun à dire la vérité dans la cause d'autrui pour aider à la bonne distribution de la justice ; que, par une conséquence toute naturelle, celui qui peut être contraint dans un débat judiciaire à donner son témoignage sur le contenu des pièces dont il est possesseur, peut également être forcé à produire ces pièces dans le débat. » Au surplus, ajoutent les juges, aucune disposition légale ne déroge à ce principe : les articles 14 et 15 du Code de commerce, les art. 839 et s. du C. de proc. civ., l'art. 456 du C. inst. crim. sont tous des applications du principe plus général de l'obligation d'exhiber. Quant aux conditions d'exercice de l'action, on peut les dégager de cet arrêt ; il faut :

1° que le défendeur puisse être appelé en témoignage. En l'espèce le fait à prouver était une fraude, ce qui rendait la preuve testimoniale admissible ;

2° que les pièces réclamées apparaissent d'après les éléments du procès comme utiles à la preuve des prétentions du demandeur ;

3° que la production qui en sera faite ne soit pas susceptible de causer préjudice au défendeur.

D'ailleurs, la Cour pour renforcer son argumentation ajoute une considération tirée d'une circonstance matérielle de la cause : les titres à exhiber pouvaient en une certaine manière être considérés comme communs aux deux parties, l'une étant en quelque sorte le man-

dataire des autres. Cela fait que la décision pourrait bien, en définitive, n'avoir été rendue qu'à raison des éléments de fait du débat : la fraude probable à découvrir, la communauté des titres dont l'exhibition est demandée. Quoi qu'il en soit ce qui nous paraît remarquable dans cet arrêt, c'est la netteté avec laquelle les principes romains sont affirmés et maintenus en droit moderne.

A leur maintien, d'ailleurs, avait largement contribué l'avocat général Hynderick dont les conclusions conformes (1) ont inspiré la Cour ; il avait fait une véritable théorie de l'action *ad exhibendum* : « Elle se fonde disait-il, sur les principes généraux du droit. Elle se justifie par ce principe que la justice, image de la vérité (*res judicata pro veritate habetur*), a le droit de s'éclairer par tous les moyens que la loi ne proscrit pas ; par tant, que tous les justiciables sont tenus de concourir, autant que leurs intérêts le permettent, à ce que les jugements soient l'expression réelle de la vérité... Cette obligation (des justiciables) est le germe du droit de demander à un tiers la production des titres qu'il détient. L'action *ad exhibendum* contre le tiers se justifie aussi par un autre principe qu'exprime si nettement ce dicton tracé par la raison à toutes les actions humaines « *quod tibi non nocet et alteri prodest facile concedendum* ».

Toutefois, le danger subsiste de voir dégénérer en moyen d'oppression et de vexation une action que le

(1) Ces conclusions sont données en partie dans les *Pandectes Belges*, *loc. cit.*, n° 9, en note.

souci de l'équité a fait admettre. A ce danger on ne peut parer que par la prudence du juge. Une loi impérative ne peut fixer de limites à des éléments qui varient en proportion et en intensité dans chaque espèce. Le juge ne devra faire droit à l'exhibition demandée que si elle lui paraît ne pas avoir de caractère vexatoire et inutile ; il sera prudent et ne se décidera que devant une nécessité bien démontrée.

Aussi, en fait, voyons-nous que les demandes en exhibition ne reçoivent pas toutes satisfaction. Il faut que, la demande étant déjà appuyée par des présomptions plus ou moins fortes, la production se révèle comme indispensable pour que le juge puisse statuer en toute connaissance de cause (1).

Quant à la sanction de cette obligation spéciale qui pèse sur les personnes qui détiennent des titres, elle est facile à concevoir lorsque le refus d'exécution s'oppose à un ordre donné par le juge ; le système très souple des astreintes trouve ici un emploi particulièrement efficace ; cela est rationnel, l'obligation d'exhibition étant une obligation de faire et l'astreinte étant le meilleur procédé pour obtenir l'exécution en nature (2). D'autre part, si l'exhibition est demandée à un adversaire dans un procès, son refus de produire créera contre lui, dans l'esprit du juge, une présomp-

(1) Gand, 17 déc. 1833. Pas. 1833 p. 255. Rapprocher Bruxelles, 16 nov. 1863. Pas. 1864, p. 5. Bruxelles, 15 janv. 1855. Pas. 1855, p. 355.

(2) L'arrêt de Bruxelles du 6 mars 1865, comportait l'application d'une astreinte. Comp. Liège, 4 avril 1868. Pas. 1868, p. 219.

tion défavorable dont il aura à supporter les conséquences.

En terminant, remarquons que l'action *ad exhibendum* peut être exercée dans certains cas contre la justice elle-même afin de permettre à une partie dans un procès civil de s'appuyer sur les pièces d'une procédure criminelle pour faire sa preuve. Un arrêt de Bruxelles en date du 16 mars 1870 (1) l'admet en considérant que les tribunaux civils, qui peuvent recourir pour s'éclairer à tous les moyens propres à faire découvrir la vérité..., peuvent ordonner au greffier, dépositaire légal d'une procédure criminelle, d'apporter à l'audience sur leur bureau une lettre faisant partie de cette procédure (2).

3^e SECTION.

Autres législations étrangères.

Nous réunissons ici un certain nombre de détails sur d'autres législations étrangères qu'il ne nous a pas été possible d'étudier aussi longuement que les précédentes, avec lesquelles d'ailleurs elles sont dans un certain rapport de parenté. Ce qui nous a surtout fait défaut, c'est la connaissance de leur jurisprudence, que les sources consultées ne pouvaient nous fournir ; on

(1) *Pasicrisie*, 1870, p. 121-122.

(2) Sur la question de l'apposition des scellés au domicile d'un tiers. V. Cassat. belge, 24 mars 1881. S. 81.4.27. Cft. ci-dessous, 2^e part., ch. II, sect. 2, pour le droit français.

ne trouvera donc ici que des dispositions de droit positif.

En droit espagnol, le Code de procédure civile n'oblige ni la partie adverse, ni à plus forte raison les tiers à l'exhibition des documents privés. Cependant l'article 497, aux numéros 2, 3, 4 et 5°, prévoit des cas particuliers d'exhibition (1). Il semble y avoir là un souvenir particulier du droit romain. De même l'article 603 prévoit l'exhibition de certains titres dans des conditions particulières.

Quant au droit portugais, il décide que si la partie qui a reconnu de son plein gré, ou après interrogatoire, avoir en sa possession des documents relatifs à la cause, refuse ensuite de les présenter, elle sera déclarée de mauvaise foi, au sens légal du mot, c'est-à-dire qu'elle pourra être condamnée à une amende et à des dommages-intérêts.

Le Code de procédure civile argentin, dans sa deu-

(1) « Art. 497 (C. de pr. civ. espagnol du 3 fév. 1881) : Toute instance peut être préparée : 1°. ; 2° par la demande de l'exhibition de la chose mobilière qui, en l'espèce, est l'objet de l'action réelle ou mixte que l'on se propose d'engager contre celui qui tient la chose en son pouvoir ; 3° par la demande d'exhibition du testament, codicille ou mémoire testamentaire que fait celui qui se croit héritier, co-héritier ou légataire contre le détenteur de l'hérédité ou du legs ; 4° au cas d'éviction par la demande que l'acheteur fait au vendeur, ou réciproquement, de l'exhibition des titres et des documents qui se réfèrent à la chose vendue ; 5° entre associés par la demande de l'exhibition des documents ou comptes de la société que le coassocié possède, lorsqu'on procède à des règlements de comptes. Le juge admettra la demande dans chacun de ces cas s'il estime juste la cause sur laquelle elle se fonde... »

xième édition officielle présente à l'article 67, une répétition presque absolue de l'article 497 du Code civil espagnol. Ce sont les mêmes cas d'exhibition, les mêmes choses auxquelles ils s'appliquent, et dans les articles suivants, les mêmes pouvoirs d'appréciation reconnus au juge. Il suffit donc de les rapprocher.

Directement inspiré de la législation française, les codes civil et de procédure civile de la Roumanie ne présentent aucune règle particulièrement intéressante. Quant au Code civil serbe, il ne traite pas la question des preuves d'une manière générale. Certains articles relatifs à la propriété laissent apercevoir, mais sans en prononcer le nom expressément, la possibilité d'une action *ad exhibendum*, notamment en cas d'accession et d'incorporation (art. 270).

La législation de la Grèce moderne, bien que non encore codifiée officiellement, possède un ouvrage resté privé qui sert de Code de procédure. On applique en même temps les règles du droit de Justinien (Pandectes) et les règles du droit byzantin post-justinien (Basilique) (1). On y connaît l'action *ad exhibendum* et l'obligation d'exhibition pèse à la fois sur la partie adverse dans un procès, et sur tout tiers détenteur de documents, pourvu que dans ce cas l'exhibition ne lui soit pas préjudiciable. Dans l'ouvrage précité, le titre « De l'exhibition des pièces » comprend les articles 429 à 434. La sanction est très sévère ; le refus de produire est passible de l'amende et de la prison.

(1) Nous avons consulté une édition pratique faite d'après l'édition des codes grecs du professeur K. Basileïon et inti-

Le droit à l'exhibition des documents fait l'objet, dans le Code civil néerlandais, d'un certain nombre d'articles inclus dans la matière des preuves. Après avoir posé des règles sensiblement pareilles à celles de notre Code civil concernant les papiers de famille, les livres des marchands, etc..., le Code civil néerlandais prescrit que le propriétaire d'un titre peut en demander à ses frais le renouvellement, si le titre devient illisible par vétusté ou autre cause (art. 1921) ; si un titre est commun entre plusieurs personnes, chacun est en droit de requérir que ce titre soit déposé en un endroit à désigner ainsi que d'en faire prendre à ses frais une copie (art. 1922). Enfin, en tout état de cause, une partie peut demander au juge qu'il soit ordonné à la partie adverse de produire les pièces qui leur sont communes, concernant l'affaire en litige et se trouvant dans les mains de cette dernière partie (art. 1923). Nous retrouvons ici une certaine application de l'action *ad exhibendum*.

Parmi les codes les plus récents, le Code civil brésilien entré en vigueur le 1^{er} janvier 1916, ne présente aucun article réglant la matière de l'exhibition. Il est vrai que les preuves y sont très sommairement traitées (1). Cependant dans la section relative à l'objet du paiement et à sa preuve, trois articles sont intéressants

tulée : *Politiké Dikonomia*, de Karakatsane (Athènes, 1915, p. 198 et s.). Cet ouvrage sert aux praticiens.

« Art. 432. Si ces moyens de contrainte restent inefficaces le tiers peut être poursuivi et puni comme témoin refusant de témoigner (art. 315).

(1) Les Codes récents rejettent en effet la matière des preuves dans les Lois de procédure. Ainsi le Code civil suisse ne présente que trois brefs articles sur la preuve.

à relever : ils ont trait à l'obligation pour le créancier à qui le débiteur paye sa dette de lui délivrer un reçu (art. 939 et 940) ; et lorsque la quittance consiste dans la remise au débiteur du titre de créance (comme chez nous pour les effets de commerce), l'obligation pour le créancier, qui déclare avoir perdu ce titre, de délivrer au débiteur une déclaration par laquelle il reconnaît que ce titre est désormais inutile. Le débiteur jouit du droit de rétention de la somme due jusqu'à exécution de cette obligation par le créancier (art. 941). Nous avons ici une obligation de faire, légalement imposée au créancier, et qui par certains côtés se rapproche de l'action *ad exhibendum* (1).

(1) Dans son projet de Code civil pour l'empire du Japon, M. Boissonade a posé dans l'article 1359 le principe purement individualiste de l'adage « *Nemo tenetur edere contra se* ». « L'article était ainsi conçu : « Les personnes non marchandes ne sont pas tenues de produire en justice leurs registres et papiers domestiques ; mais si elles les ont produits volontairement, elles ne peuvent les retirer avant qu'il en ait été extrait, en leur présence ou elles dûment appelées, ce qui est relatif à la contestation ». Cette disposition paraît avoir été directement inspirée par les théories qui ont été construites par la doctrine française pour limiter l'application de l'article 1331 de notre Code civil. (Voir Boissonade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, tome V, in 8°, Tokio, 1899). Mais la rédaction définitive du Code civil japonais ayant laissé complètement de côté la matière des preuves, cet article n'a pas été reproduit.

APPENDICE.

Droit musulman.

Le droit musulman forme un groupe à part dans le droit comparé, à raison de l'unité qu'il puise dans son origine religieuse et des caractères spéciaux qui distinguent les peuples auxquels il s'applique. Toutefois un travail de droit moderne ne saurait laisser de côté cette étude, surtout en France, puisque le nombre est important, des citoyens, sujets ou protégés français qui sont régis à l'heure actuelle par la législation musulmane.

En ce qui concerne le droit musulman algérien, il existe malheureusement peu de chose concernant le droit à la preuve et l'obligation d'exhiber. Une grave raison historique l'explique : c'est le peu d'importance que, dans ce droit, reçoit la preuve écrite. Comme le fait remarquer M. Morand (1) « tous les peuples n'admettent pas les mêmes modes de preuve, de même qu'ils n'attribuent pas tous à un mode de preuve déterminé une valeur, une autorité et une importance identiques, ni ne confèrent tous au juge devant qui la preuve est faite, les mêmes pouvoirs ». La différence entre les législations est bien marquée ici ; la preuve incontestée, celle à laquelle vont toutes les faveurs, c'est la preuve par témoins. Dans un pays où l'ignorance générale est si grande, où les guerres et les luttes de tribus étaient perpétuelles, où surtout les habitudes nomades (tout au moins pour une partie de la population) s'opposent

(1) *Etudes de droit musulman*. Introduction à l'étude de la preuve en droit musulman, p. 313 et suiv.

à toute identification sérieuse des choses et des gens, le degré de civilisation générale, quelque brillant qu'il paraisse par ailleurs, n'était pas assez avancé pour que les titres écrits puissent recevoir une autorité incontestable et incontestée. M. Morand continue plus loin en ces termes : « Or, dans un pays où la fabrication des actes faux est chose courante, tout écrit devient suspect et le domaine d'application de la preuve littérale est nécessairement fort restreint. En pays kabyle, par exemple, « le nombre des actes faux est très considérable. Il existe des « tolba » qui en fabriquent à première réquisition, sur du papier jauni à la fumée, et à l'aide d'une encre composée avec des chiffons brûlés, de manière à leur donner l'apparence d'une authentique antiquité (Hanoteaux et Letourneux). Aussi la preuve par écrit n'est-elle pas tenue en grand honneur en Kabylie, et la preuve testimoniale y constitue-t-elle la règle ».

Il est certain que les conditions nécessaires à l'admission de la preuve écrite ne sont point réalisées dans pareille hypothèse, et même que tout autre procédé, quel qu'il soit, doit paraître préférable à ce mode de preuve. Mais la preuve orale ne se prête pas à une exhibition forcée ; à moins que l'on ne puisse voir quelque chose d'approchant dans les deux versets 54 et 55 de la Tohfat d'Ebn Acem qui ont trait à la production des preuves :

Verset 54. — « Le défendeur qui refuse de reconnaître ou de nier ce que son adversaire avance, sera contraint de répondre » (les moyens de contrainte sont les coups ou la prison).

Verset 55. — « S'il persiste malgré tout dans son

silence, le jugement sera rendu en faveur du demandeur, sans serment de sa part, ou avec serment d'après l'opinion dominante. »

Quant à l'exhibition matérielle de certains biens, il est incontestable qu'il y a des cas où le cadi peut l'ordonner, à la requête d'une des parties ou même d'office. Ainsi le débiteur récalcitrant peut toujours être mis en demeure d'exhiber les biens qu'il possède et de justifier qu'il n'en possède pas d'autres. Le verset 1437 de la Tohfât dit expressément que le débiteur récalcitrant ou qu'on soupçonne de tenir cachés des biens dont il est propriétaire, doit être incarcéré jusqu'à ce qu'il paie ou prouve son insolvabilité (c'est le fondement de la contrainte par corps).

Il faut très probablement rechercher la solution du problème dans les pouvoirs extrêmement étendus qui sont reconnus au cadi, en ce qui concerne la découverte et l'établissement de la vérité. Mais on ne doit toutefois pas oublier que le cadi ne peut décider à son gré de la valeur de la preuve produite, car cette valeur est fixée par la loi (1). D'autre part en ce qui concerne les livres de commerce, les dispositions des Codes français ont le caractère de lois de police, partant d'ordre public, applicables aux musulmans comme aux non-musulmans.

Si l'avant-projet de Code musulman pour l'Algérie ne porte point de renseignements pour notre matière, il y a au contraire des dispositions intéressantes dans

(1) Morand, *loc. cit.* — Marneur, *Essai sur la preuve en droit musulman*, thèse Paris, 1910, p. 33 et s.

le Code tunisien des obligations et des contrats (1). Les registres et papiers domestiques figurent parmi les titres écrits qui peuvent servir de preuve, et cette catégorie comprend les lettres missives, notes et papiers volants ; à côté d'eux trouvent place les livres de commerce. Tous ces documents peuvent être communiqués au même titre que les livres de commerce chez nous et dans des conditions semblables. Cette communication se fait soit aux parties, soit au tribunal ; elle doit être accordée par le tribunal, soit d'office, soit sur la demande d'une partie ; elle peut même être accordée avant toute contestation si une partie y a un intérêt légitime. La représentation se fait soit au lieu du tribunal, soit au lieu où sont les livres et les papiers.

Le Dahir marocain formant code des obligations et des contrats peut être d'autant mieux rapproché du Code tunisien qu'ils ont entre eux un lien de parenté très étroit. Les articles 433, 435 et 437 prévoient la communication à l'autre partie des livres et inventaires des commerçants, et des livres domestiques, seulement dans les cas « dérivant d'un rapport de succession, de communauté, société ou dans les autres cas où les livres sont communs aux deux parties, et en cas de faillite » (art. 437). C'est l'extension à tout le droit

(1) L'avant-projet de Code pour l'Algérie est l'œuvre de M. Morand, doyen de la faculté de droit d'Alger. Sur le droit tunisien des obligations, on peut consulter à titre simplement documentaire Morel, *Précis de droit civil musulman, commentaire du C. tunisien, des obligations et des contrats*, tome 1^{er} (septembre 1911). Voir l'édit. de ce Code par notre regretté maître M. Larcher (Alger, 1907), art. 463 à 466.

privé des règles de notre code de commerce; encore faut-il reconnaître que si l'interprétation des mots « livres communs » est assez large, cette extension est susceptible de devenir presque indéfinie.

Cette conformité avec nos règles positives peut surprendre, ou faire croire qu'il s'agit de dispositions nouvelles et non proprement musulmanes. Il n'en est rien. Lorsqu'on a ainsi codifié la législation musulmane, on s'est aperçu que sur bien des points elle avait été influencée par la législation romaine du Bas-Empire, les premiers jurisconsultes de l'Islam qui avaient rencontré cette dernière législation dans les pays conquis « se l'étant assimilée dans leur propre droit par un adroit et ingénieux travail de jurisprudence » (1). Ainsi s'explique l'harmonie relative de ces dispositions avec les nôtres. Reconnaissons toutefois qu'elles sont plus solidaristes au moins dans leur forme, ce qui tient peut-être à cette notion religieuse de communauté qui n'est jamais complètement absente dans les pays musulmans.

(1) Rapport de M. Grünebaum-Ballin sur les travaux de la commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc *Bull. Off. du protect. de la Rép. Franç. au Maroc*, 12 sept. 1913.

CHAPITRE IV.

Conclusions générales de droit comparé.

A l'issue de cette longue étude des droits étrangers, il est permis de tirer quelques conclusions d'une portée générale. Le principe qui nous paraît en ressortir est que l'obligation d'exhibition est admise en droit moderne ; plus ou moins étroitement limitée, sanctionnée avec une rigueur plus ou moins grande, cette obligation nous est apparue comme certaine, mais sa doctrine est encore peu fixée et mérite de plus amples explications.

La comparaison des différents droits nous permet de classer les législations en deux grandes catégories, trop larges d'ailleurs pour qu'elles aient pu être utilisées par nous pour la présentation de cet exposé ; nous distinguerons d'une part les législations qui présentent des règles positives sur la matière, et d'autre part les pays qui suivent encore les règles posées par le droit romain.

La première catégorie comprendrait les législations anglo-saxonnes, les droits allemand et autrichien, le droit suisse, le droit néerlandais, le droit russe, etc...

qui tous présentent des règles certaines, appuyées sur un principe général. Il existe dans ces pays une véritable obligation d'exhibition, correspondant à un droit déterminé. En général, d'ailleurs, il ne suffit pas dans ces législations d'un simple intérêt pour qu'on accorde l'exhibition, il faut encore qu'il y ait chez le titulaire un droit sur la chose, ou qu'un rapport de droit antérieur entre les deux parties fonde le droit à l'exhibition. Par conséquent on sera bien plus rigoureux pour les demandes dirigées contre des personnes étrangères : ni la procédure de discovery, ni les articles 809 et 810 du C. civ. all. ne prévoient qu'on peut exiger d'un tiers qu'il fournisse des documents qui concernent l'affaire dont il est question, si ce tiers n'est pas tenu d'une obligation quelconque qui serve de support à la demande.

Une seconde catégorie réunirait les pays dont la législation ne comporte point de lois positives sur la matière et dont la pratique suit encore les règles du droit romain, ou tout au moins invoque celles-ci dans les jugements ; c'est par exemple, la Belgique, une partie de la jurisprudence italienne, la Grèce, tous pays dans lesquels nous avons vu appliquer les règles de la codification justinienne, si larges dans leur compréhension. Toutefois il faut bien prendre garde qu'il ne s'agit là que d'une pratique jurisprudentielle, variable suivant les cas d'espèce et par conséquent instable (sauf le cas de la Grèce). Rien ne nous permet d'affirmer que s'il intervenait une loi à ce sujet, ses articles présenteraient la généralité très grande de la règle romaine, que des jugements ou des arrêts se sont plu à évoquer.

En somme il nous semble au contraire que cette portée générale donnée à l'exhibition par le droit romain et le droit canonique, est précisément ce qui a disparu dans les législations actuelles. Elles admettent bien l'exhibition, mais pas de cette façon extensive. Et cela se comprend d'ailleurs. Tout le commerce juridique a besoin de sécurité statique, ce qui tend à éliminer les procédés inquisitoriaux. Il est nécessaire que les individus soient assurés de pouvoir développer librement leurs affaires, sans être soumis à un droit de contrôle incessant. A ce point de vue il apparaît que les lois de Justinien ou celles du droit canonique, allaient un peu bien loin, car l'intérêt du demandeur n'est pas tout dans le procès, et il faut aussi tenir compte de l'intérêt du défendeur.

Par contre, il faut remarquer aussi que l'exhibition est nécessaire. Nous avons rencontré successivement dans les motifs des lois et des arrêts, les diverses notions qui la rendent indispensable : notion d'équité, qui veut que l'on empêche le débiteur de mauvaise foi de trop facilement triompher ; nécessité de découvrir la vérité, intérêt de la justice, qui ont pour résultat de ne point permettre la dissimulation d'un moyen de preuve suffisant peut-être pour déterminer le jugement. Toutes ces idées concourent à faire admettre l'action *ab exhibendum* et à en élargir le domaine.

Ainsi les intérêts individuels d'une part, l'intérêt général de l'autre sont en conflit ; comment ce conflit sera-t-il résolu ? De la combinaison des différents droits étrangers entre eux, il semble que ressortent les idées suivantes :

1° *L'exhibition n'est accordée que si l'on invoque un*

intérêt puissant, bien souvent même cet intérêt ne suffit pas, il faut un droit ou une prétention sur la chose à exhiber. — L'exemple le plus frappant en est le droit allemand : il y faut une prétention relative à la chose, un intérêt juridique personnel en vue duquel le document a été dressé. C'est bien plus qu'un simple intérêt ordinaire. De même dans la doctrine italienne, Lessona nous a montré que la majorité des auteurs n'admettait point l'exhibition à raison d'un simple intérêt et exigeait encore que le demandeur eût sur la chose à exhiber un véritable droit. Nous sommes loin déjà de la loi de Justinien qui assimilait l'exhibition au témoignage et forçait à présenter leurs documents ou titres, ceux qui pouvaient être appelés en justice comme témoins.

2° *Quant au défendeur à l'exhibition, son obligation est la contre-partie du droit du demandeur. Elle ne pèsera donc sur lui le plus souvent qu'à raison du droit spécial reconnu au demandeur.* — Matériellement, la règle romaine s'appliquera toujours pour déterminer la personne et le contenu de l'obligation. Ce sera celui qui peut exhiber, quelle que soit d'ailleurs la cause pour laquelle il détient la chose à exhiber ; ce sera une obligation spéciale, qui n'est ni attachée à la propriété ni à un rapport personnel quelconque, mais porte sur le détenteur même de la chose à raison de la détention.

3° *L'exhibition ne doit pas préjudicier par elle-même au défendeur, surtout lorsqu'il est étranger à la contestation qui fait l'objet du litige.* — Pécuniairement d'abord, l'exhibition a toujours lieu aux frais de celui qui la demande, et le défendeur ne doit avoir aucune dépense à supporter. Moralement, on ne peut contraindre quelqu'un à présenter des pièces qu'il détient, lorsque cette

présentation est susceptible de lui causer un dommage personnel. Cette règle existait déjà en droit romain. Nous l'avons retrouvée aussi en droit anglais où la procédure de discovery présente une si curieuse division en « discovery proprement dite » et « production pour l'inspection » ; si aucun document n'échappe à la première phase, il en est au contraire un assez grand nombre qui ne figurent plus dans la seconde. Dans les autres législations, cette notion de préjudice ressort aussi la première parmi les limites posées au droit d'exhibition. Les dispositions du droit grec, les arrêts des cours de Belgique comme de celles d'Italie la mentionnent ; les articles du Code de procédure civile Russe portaient même à ce sujet une solution originale en accordant dans ce cas des pouvoirs spéciaux et extraordinaires au tribunal.

4° *L'exhibition demandée ne sera pas toujours ordonnée, il y aura place pour un large pouvoir d'appréciation du tribunal.* — C'est là la règle la plus générale, on pourrait même la déduire de la règle précédente, et il est certain qu'elle s'y rattache étroitement car seul le juge est à même d'apprécier le préjudice causé au défendeur et d'en tenir compte. La plus nette application en est encore dans la procédure anglaise, mais le droit autrichien, le droit espagnol, les dispositions des Codes tunisien et marocain, les arrêts belges et italiens font ressortir cette importance particulière du rôle du juge, que notre étude du droit français mettra aussi fortement en relief.

5° *L'exhibition forme l'objet d'une obligation de faire, soumise aux règles générales des obligations de faire.* — Ce caractère apparaît principalement en ce qui concerne

la *sanction*. Il est difficile d'aboutir à une exécution en nature de ce genre d'obligations quand la partie obligée s'y refuse, aussi des sanctions différentes doivent-elles être prises : Ce sont les astreintes, ou condamnations à des dommages-intérêts de caractère pénal, ce sont les *injonctions* des juges anglais, avec la peine qui s'attache au délit spécial de *contempt of court*, ce sont aussi des sanctions particulières comme en droit portugais, en droit cantonal suisse, en droit grec où l'on applique les peines prévues contre les témoins récalcitrants ou de mauvaise foi.

Ces cinq règles principales nous présentent ainsi une théorie à peu près constituée de l'action *ad exhibendum* en droit comparé. Passant au droit français, nous avons maintenant à rechercher quelles applications légales ou pratiques sont faites de l'obligation d'exhibition dans notre pays dont les Codes sont si peu explicites sur cette question.

DEUXIÈME PARTIE

Etude du Droit français contemporain.

Dans le chapitre préliminaire de cet ouvrage, nous avons cherché à déterminer comment se présentait l'action *ad exhibendum* dans l'ancien droit français, et surtout à montrer que par suite de l'évolution des idées concernant la procédure, cette action était devenue inutile en tant qu'action préparatoire avec la disparition du formalisme. Elle ne se conçoit plus que comme une action incidente au cours d'un procès. Nous avons vu aussi qu'une autre évolution s'était produite dont le terme final avait été de cantonner l'utilité de cette action dans l'exhibition des documents, l'exhibition des choses n'étant plus de nos jours qu'un incident de la procédure de revendication mobilière dans les rares hypothèses où elle est encore possible, à raison du principe de l'art. 2279 C. civ.

L'étude des législations étrangères ou de leur jurisprudence nous a permis de nous rendre compte de l'existence quasi-universelle d'une obligation à l'exhibition sanctionnant un droit à la preuve ; plus particulièrement les pays de civilisation latine nous ont mon-

tré la survivance de l'action que nous étudions dans leur jurisprudence, malgré le silence de leurs Codes.

Toutes ces constatations nous amènent à penser que, s'il est vrai que chez nous les Codes soient muets sur la question, il est peut-être imprudent d'affirmer, comme on a cru pouvoir le faire, que l'action *ad exhibendum* n'existait pas dans notre législation. Il vaut mieux dire qu'elle a changé d'aspect et que sous sa nouvelle forme aucune étude d'ensemble n'en a encore dégagé les traits essentiels. A raison de ce manque de travaux antérieurs, le sujet apparaît comme nouveau et peu connu et sa difficulté en est accrue. Non pas que les difficultés soulevées soient récentes ; au contraire elles se présentent dans toutes les législations, à quelque pays et à quelque époque qu'elles appartiennent ; elles existent en France, aussi bien de nos jours que dans l'ancien droit, on le devine déjà. Mais l'obstacle provient de ce fait que depuis la codification du début du siècle dernier, aucun texte, aucun arrêt ne présente l'institution avec une dénomination particulière ; et l'on sait l'importance des catégories dans le droit. Il faudra donc poursuivre les recherches en droit positif, en partant des textes qui se rapprochent le plus de l'hypothèse visée.

Une autre raison de l'erreur citée plus haut peut être donnée : L'action *ad exhibendum* est souvent considérée comme n'existant plus aujourd'hui parce que l'on considère exclusivement le cas où elle intervient entre deux individus étrangers et dégagés l'un envers l'autre de tout rapport juridique. Telle pouvait bien être en effet la position de la question dans les législations formalistes de l'antiquité ; nous voyons l'obligation romaine avoir des limites très arrêtées, en dehors desquelles les

parties sont réellement considérées comme des tiers. Il n'en est plus de même de nos jours et le lien obligatoire a pris une bien plus grande extension. De nombreux cas d'action en exhibition de documents ou de choses peuvent intervenir entre les parties dans un contrat ou dans un procès ; le tout est de les bien distinguer des situations analogues avec lesquelles on a tendance à les confondre.

Notre travail consistera donc principalement dans une étude de la jurisprudence, qui nous montrera les solutions pratiques auxquelles on est arrivé. Mais pour éviter de les présenter d'une manière trop fragmentaire, un ordre logique est nécessaire. On pourrait songer à étudier d'une part l'exhibition recherchée en elle-même, et d'autre part l'exhibition demandée en vue d'une preuve à fournir ; cette distinction par le but poursuivi serait la plus juridique, mais elle aurait l'inconvénient de n'être dogmatique qu'en apparence et de ne pas correspondre à la réalité, puisque l'exhibition d'une chose ne se suffit pas à elle-même, sauf des cas excessivement rares et qu'elle a toujours un but qui la dépasse. Le mieux nous paraît être de suivre l'ordre traditionnel du droit romain qui distingue suivant l'objet, en trois catégories : l'exhibition des personnes, celle des choses, et celle des documents. L'intérêt actuel de la question s'étant concentré dans l'exhibition des documents, les deux autres hypothèses n'appelleront pas de très longs développements. Les véritables moyens de droit qui les concernent à l'heure actuelle, doivent être recherchés dans la justice répressive et les lois de police, ce qui dépasse le cadre de notre étude ; si l'on veut rester dans le domaine des droits privés, il s'agit

bien plus d'une analogie de situation que d'une véritable survivance de l'institution.

En matière de personnes, il n'existe plus chez nous de rapports de dépendance, entre les individus, assimilables aux droits sur les choses et par lesquels nous savons qu'en droit romain s'expliquaient les différentes obligations d'exhiber une personne que nous présentent les textes. L'esclavage a disparu, le lien entre époux n'est plus un droit de propriété appartenant au mari sur la femme ; seul le droit des parents sur leurs enfants peut encore, mais de fort loin, être assimilé pour sa sanction au droit de propriété. Les parents ont pour réclamer un enfant au tiers chez qui il se trouve une action comparable à la revendication (1). Une décision intéressante a même sanctionné une sorte de survivance de l'interdit de *liberis exhibendis*. La personne qui retient chez elle un enfant mineur contre le gré des parents cause à ceux-ci un préjudice moral dont ils sont en droit de demander judiciairement la réparation ; mais les dommages-intérêts ont alors pour objet bien moins de réparer le préjudice que de punir la faute commise (2) ; ce n'est pas tant le fait de donner asile à l'enfant que l'on poursuit, que celui de ne pas vouloir le représenter ; et cette nuance est caractérisée par la condamnation qui est une astreinte prononcée par jour de retard. N'y a-t-il point là une application du droit pour les parents à

(1) Art. 374 civ. — Aubry et Rau (5^e édit.), t. IX, § 550, p. 112, avec citations d'auteurs et d'arrêts.

(2) Nancy, 25 janv. 1873. D. 73.2.11.

l'exhibition de leurs enfants ? étant entendu que ce droit, chez nous comme à Rome, se suffit à lui-même puisque l'enfant, une fois représenté, ne peut avoir d'autre domicile que celui de son père (art. 374 civ.). Notons que lorsqu'il y a rapt ou séquestration, les articles 354 et suiv., 341 et suiv. du Code pénal, et 615 et suiv. du C. inst. crim. protègent largement les parents. Il est intéressant de remarquer que, au point de vue civil, ils se trouvent aussi protégés par cette tendance de la jurisprudence.

Quant à l'exhibition des choses, nous savons qu'en droit romain cette institution avait pour but surtout de protéger la propriété mobilière (1). Dans les cas où la revendication mobilière est encore possible, de nos jours, il ne saurait être question d'une action préparatoire *ad exhibendum* ; elle serait inutile puisque tout formalisme a disparu de notre législation, et que le juge peut trancher à la fois plusieurs questions dans le même litige. Cependant dans l'ancien droit, les pratiques de l'entiercement que Pothier nous décrit dans la Coutume d'Orléans, nous montrent qu'en matière de revendication de meubles volés, une certaine forme d'exhibition apparaissait comme toujours nécessaire (2). En est-il de même de nos jours ? Un arrêt fort important de la Cour de cassation a fixé la doctrine en matière de revendica-

(1) L'action *ad exhibendum* s'applique d'ordinaire aux choses mobilières. Dans certains cas on peut cependant la concevoir en mat. immobilière : ex. le propriétaire ayant besoin de visiter l'immeuble qu'il a loué. V. Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 645.

(2) Ci-dessus p. 37, note 1.

tion contre le voleur (1). D'après cet arrêt, la revendication est possible à titre de peine contre celui qui a cessé de posséder par dol, pour se soustraire à la revendication. Or la revendication est essentiellement une action réelle, qui s'intente contre le détenteur de la chose à raison de la détention qu'il en a. Elle protège le droit réel de propriété, non le droit personnel que le propriétaire peut avoir, tel par exemple le droit à la réparation du dommage causé par le vol. Dans ce système nouveau la revendication devient par un côté une action personnelle et cela nous rapproche de l'hypothèse de l'action *ad exhibendum*. A un autre point de vue encore la comparaison est possible : l'arrêt de 1910 admet que cette revendication spéciale dure trente ans ; si le caractère pénal dominait chez elle, c'est le délai de prescription de l'action civile qu'on aurait dû admettre ; on aurait pu aussi choisir le délai de 3 ans indiqué à l'article 2279 civ. Il n'en est rien : d'abord par tradition on considère que la prescription de trois ans ne s'applique ni au voleur, ni au possesseur de mauvaise foi ; et de plus l'arrêt ajoute que l'extinction par le délai de prescription de l'action publique ne s'applique qu'à l'action civile en dommages-intérêts. Mais alors si, bien que pénale, cette revendication ne suit pas les règles de l'action publique, si d'autre part, tout en étant une revendication, elle n'a pas pour objet de rendre la chose à son propriétaire, si enfin, bien qu'elle soit une action civile, elle ne doit pas être confondue avec l'action

(1) Cass., 7 février 1910, D. 1910.1.201, note Nast ; S. 1910.1.225, note Lyon-Caen.

en dommages-intérêts, on peut se demander quelle obligation elle sanctionne. Ce qu'on punit ici c'est le fait d'avoir cessé de posséder, par suite de n'être plus à même de représenter la chose sur la réclamation de son propriétaire. L'action *ad exhibendum* devenue simple incident de la procédure a perdu son individualité et s'est absorbée dans l'action principale. Mais ici ce droit purement accessoire à l'exhibition de la chose prend une importance d'autant plus grande que le droit principal, la recherche de la propriété, peut moins être satisfait. On peut donc voir dans cette décision judiciaire comme une sanction nouvelle de l'obligation d'exhiber une chose (1).

Mais la véritable action *ad exhibendum* portant sur les objets volés existe encore de nos jours, seulement elle a changé de domaine ; elle est passée du droit civil dans le droit criminel, de même que le vol qui, dans la conception romaine était un délit civil, est devenu un délit public de nos jours. C'est la justice répressive, sur la plainte du propriétaire dépossédé, qui se charge de contraindre le voleur ou le recéleur à la présentation des choses volées ou supposées volées. Le recours à l'autorité a même cet avantage que l'on n'a point à faire immédiatement la preuve de ce qu'on avance. A ce point de vue nous nous expliquons encore que l'action en exhibition de choses considérée comme moyen civil de droit ait bien diminué d'importance. Il était cepen-

(1) Au point de vue du droit à la preuve, l'action *ad exhibendum* a perdu son intérêt principal, en ce qui concerne la propriété, depuis que l'abandon des procédures formalistes n'oblige plus le demandeur à présenter la chose au juge. Nous avons déjà vu ce point dans nos études historiques et de droit étranger.

dant utile de montrer qu'il peut en restér quelque souvenir dans les décisions récentes de la jurisprudence.

Très importante au contraire nous apparaît l'exhibition des documents. Dans cette hypothèse il y a vraiment reconnaissance d'un droit à la preuve. Sur ce point une étude détaillée est nécessaire. Comme les législations étrangères nous l'ont montré, la situation change suivant que l'on considère d'une part l'obligation d'exhiber un document entre deux parties liées par un contrat ou une instance judiciaire, et d'autre part la même obligation entre personnes qui sont juridiquement des « tiers » les unes pour les autres. Ce sera aussi la division fondamentale que nous allons observer, et qui formera les deux principaux chapitres. Une autre situation fort intéressante, et surtout très pratique est celle d'une demande d'exhibition de documents intentée contre la justice elle-même, à l'effet de faire servir à la preuve d'un procès civil une pièce qui fait partie d'une procédure criminelle ; ce sera l'objet d'un troisième chapitre. Enfin il nous a paru utile de faire ressortir, à côté de ces droits civils et purement privés, les prérogatives que l'Etat a reçues en matière fiscale, et qui lui permettent de se faire présenter toutes les pièces et documents susceptibles d'établir le montant des impôts à percevoir.

Une comparaison d'ensemble avec les droits étrangers et les résultats auxquels nous sommes déjà arrivés dans leur étude, serait nécessaire à l'issue de cette seconde partie. Nous la reporterons dans la troisième partie, quand nous établirons la théorie générale, en droit moderne, de l'exhibition considérée comme la sanc-

tion pratique du droit à la preuve ; mais des rapprochements de détail s'imposeront souvent au cours de l'exposé.

CHAPITRE PREMIER

L'obligation d'exhiber un document entre deux contractants ou deux plaideurs.

Le droit à l'exhibition d'un document est toujours plus facilement admis quand il peut s'appuyer sur un rapport juridique prééxistant ; l'obligation corrélatrice incombe dès lors tout particulièrement aux personnes qui sont liées par un contrat ou un procès, dans la mesure où les documents qu'elles détiennent sont susceptibles de concerner ce rapport de droit.

On peut rattacher cette obligation à celle plus générale posée par l'article 1134 Civ. qui prescrit que les obligations doivent être exécutées de bonne foi. La notion un peu vague, mais assurément très compréhensive, de bonne foi convient merveilleusement ici.

L'obligation dans le droit moderne n'a plus un contenu aussi minutieusement déterminé que celui des obligations romaines de droit strict. C'est désormais l'accord des volontés, chose purement abstraite, qui lui donne naissance ; elle vaut ce que valent les volontés qui la créent ; seule l'idée de bonne foi peut alors

servir à les apprécier. Mais la bonne foi est une notion bien changeante, et qui présente suivant les époques et surtout suivant les personnes une diversité d'aspects étonnante. Elle n'est guère précisée par l'énumération de l'article 1135 Civ., d'après lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Bonne foi et équité sont des notions morales dont l'application aux faits concrets de la vie est plus ou moins large suivant que les conceptions idéales de l'époque sont plus ou moins affinées ; il est difficile d'en donner une définition précise sans aller la chercher dans la conscience même des individus : au point de vue juridique, la bonne foi, c'est la manière d'être de la personne qui agit dans l'exécution du contrat conformément à ce que l'autre partie était en droit d'attendre d'elle ; et cette attente est mesurée par la moyenne des idées humaines à ce sujet, ce que l'on appelle l'équité ou la justice.

Tout manquement à la bonne foi violant les prescriptions de l'article 1134 peut être une occasion de plainte en justice. Mais la preuve en sera très difficile pratiquement et l'issue très aléatoire. L'avantage de l'article 1134 réside donc surtout dans la grande liberté qu'il laisse, aux magistrats pour apprécier l'exécution des obligations et cela nous ramène encore une fois à la question des pouvoirs des juges, que nous avons vu se poser successivement dans toutes les législations étrangères que nous avons étudiées. Seulement ces pouvoirs des juges sont renforcés par ce fait que l'obli-

gation d'agir de bonne foi est une obligation légale (1), dont l'exécution est susceptible d'être poursuivie par tous les moyens dont la puissance publique dispose.

En ce qui concerne l'obligation d'exhiber un document, quand elle se présente entre deux personnes unies par un lien de droit antérieur et à l'occasion de ce lien de droit, il n'est pas douteux qu'elle ne puisse trouver un fondement dans l'obligation générale de bonne foi. La convention oblige non seulement à ce qu'elle exprime formellement, mais encore à beaucoup d'autres choses, parmi lesquelles on peut ranger l'exhibition des documents susceptibles de faire la vérité sur son contenu. Ainsi lorsque le titre constatant une convention a été rédigé en deux exemplaires, destinés chacun à l'une des parties, si l'une d'entre elles a perdu le titre qui était sa propriété, elle peut, semble-t-il, exiger de son co-contractant l'exhibition de l'autre double, et celui-ci ne serait point de bonne foi s'il la lui refusait. Cette solution est particulièrement susceptible de s'appliquer de nos jours, après les destructions opérées par la guerre (2). A tout cela s'ajoute cette idée que le procès se déroule devant la justice, dont la décision ne doit pas pouvoir être contestée, et par con-

(1) Il y a d'ailleurs d'autres exemples, dans le Code civil, de ces devoirs moraux élevés à la hauteur d'obligations juridiques et l'on pourrait citer l'art. 371 d'après lequel l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses parents, et l'article 1382 dont le texte est si connu, et qui est de beaucoup le plus appliqué de tout le Code.

(2) Demogue, *Les obligations* (en cours d'impression), t. 3, n° 213.

séquent doit être le plus possible l'image de la vérité. Ainsi l'obligation d'exhiber un document reçoit en même temps comme fondement la bonne foi nécessaire dans des rapports mutuels, et le respect de la justice, ou son intérêt, notion plus élevée, de caractère nettement social.

Ce chapitre aura pour but de dégager les règles positives et leur application dans le cas spécial que nous avons indiqué : Une première section exposera les dispositions légales, éparses dans nos Codes, qui peuvent se rapporter à la théorie de l'exhibition. Une seconde section visera les modalités d'application par la jurisprudence de ces mêmes articles, et les résultats étendus ou restrictifs auxquels elle est parvenue.

SECTION I^{re}.

Règles précises de droit positif.

Nous ne considérons ces règles positives que comme les bases desquelles la jurisprudence est partie dans l'évolution que nous voulons retracer. Non point que nous ne trouvions quelques dispositions intéressantes en elles-mêmes ; mais en général il y a fort peu d'articles de lois qui visent un cas précis d'exhibition de documents (sauf toutefois ce qui sera dit de la communication des livres de commerce). Ce ne sont que des analogies plus ou moins lointaines que l'on peut trouver dans les textes.

Nous étudierons successivement :

- 1° La communication des pièces (art. 188 et s. C. de pr. civ.) ;
- 2° La représentation et la communication des livres de commerce (art. 12 et s. du C. de com.) ;
- 3° La reddition de comptes ;
- 4° La vérification d'écritures ;
- 5° Différentes obligations d'exhibition ressortant d'autres dispositions des Codes et des lois.

1° *Communication des pièces dans un procès.* — D'après l'article 188 du C. de proc. civile « les parties pourront respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles, dans les trois jours où lesdites pièces auront été signifiées ou employées ». Le fondement de cette règle est facile à apercevoir : le procès civil est la lutte entre deux prétentions rivales, mais il faut que ce soit une lutte loyale, on ne doit pas garder pour soi des armes dont on se servira au dernier moment pour écraser l'adversaire. Pour être définitivement tranché, le débat doit comporter l'examen de tous les moyens de défense de chaque partie, et la communication des pièces permet d'éviter de longues pertes de temps, car la défense de l'autre plaideur serait inutile tant qu'il ignorerait les moyens de son adversaire. D'ailleurs dans la très grande majorité des cas on n'a pas à recourir à la justice pour obtenir la communication, elle s'effectue volontairement.

Mais par contre, d'après sa rédaction, l'article 188 est limité quant aux hypothèses qu'il embrasse ; il ne semble nullement pouvoir s'étendre à celle d'une action *ad exhibendum*. « Communication des pièces employées

contre elles dans les trois jours où lesdites pièces auront été employées ou signifiées... », cela ne vise évidemment point toutes les pièces que les parties détiennent, mais seulement celles qu'elles ont versées aux débats. C'est ici que se manifeste la conception purement individualiste de la Codification napoléonienne. Il est bien certain que chaque partie n'emploiera que les titres qui lui sont favorables, et se gardera bien de présenter ceux qui pourraient contrarier ses prétentions. Le rôle du juge, lui, est purement passif, il écoute l'exposé de chacune des thèses en présence, s'assure que chaque partie a bien eu à sa disposition, pour les réfuter, les arguments de son adversaire, mais il ne va pas plus loin ; arbitre impartial, il se décide d'après ce qu'on lui montre et n'est pas autorisé à aller chercher la vérité, à forcer celui qui en détient la preuve de la révéler. Tel est bien le système du Code, système en harmonie d'ailleurs avec les idées philosophiques de l'époque qui s'était formée à l'école des écrivains du XVIII^e siècle.

Et cependant le système du Code n'est pas complet, ou plutôt il manque de cohésion. L'article 480-40^e du C. de proc. civ. ouvre la voie de la requête civile au cas « où depuis le jugement il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de la partie ». De même l'article 448 suspend les délais de l'appel dans le cas où « une partie a été condamnée faute de représenter une pièce décisive qui était retenue par son adversaire », jusqu'au jour où cette pièce aura été recouvrée, jour qui doit être attesté par une preuve

écrite (1). Tout cela se concilie fort mal avec les dispositions de l'article 188 si l'on veut voir dans ce dernier texte le principe général de la communication des pièces. Il semble bien qu'il faille penser de la lecture des deux articles précédents, au contraire, que l'obligation de produire n'est pas limitée aux seuls cas visés à l'article 188. Le souci d'assurer la vérité des jugements doit en effet prévaloir, sans compter que les hypothèses nouvelles constatent tout particulièrement la mauvaise foi de la partie.

On pourrait dire, il est vrai, que les articles 448 et 480 ne visent que le cas où la pièce a été « recouvrée » ; c'est-à-dire qu'ils impliquent que la partie, qui y avait son intérêt, a procédé avec des moyens personnels, sans avoir recours à l'autorité judiciaire. Mais qui ne voit la pauvreté de cette solution : elle abandonne la recherche de la vérité aux seules forces des individus et la justice n'aurait point à y intervenir ! C'est alors vraiment qu'on pourrait dire « *summum jus, summa injuria* ».

Dans quel sens la jurisprudence s'est-elle décidée ? C'est ce que nous verrons plus loin ; nous nous contenterons de remarquer pour le moment que les deux thèses en présence peuvent également être soutenues d'après le Code.

2° *Représentation et communication de livres de commerce*. — Les preuves commerciales obéissent à des règles spéciales, à raison des conditions particulières

(1) Voir une application dans Paris, 29 mai 1832, S. 32.2.516.

de la vie des affaires. Celles ci en effet sont toujours traitées avec une grande célérité, on n'a guère le temps de s'assurer des preuves préconstituées. D'autre part la loi impose au commerçant la tenue de livres qui constatent toutes les opérations qu'il a accomplies. Par suite l'obligation d'exhibition de ces documents est grandement facilitée : chaque partie est tenue de représenter ses livres lorsqu'elle est en contestation avec un contractant, et le juge peut y puiser des éléments de conviction qui l'aident à se décider. Mais la loi prévoit deux modes d'exhibition : la *communication* d'une part, la *représentation* de l'autre. En comparant les termes des articles 14 et 15 c. com., il semble que la différence entre les deux hypothèses ait été fort nettement exprimée par le législateur. La communication, comme son nom l'indique, s'applique au cas où le commerçant est dessaisi de ses livres, et où il les remet à son adversaire, lequel est autorisé à les consulter dans la totalité de leur contenu et à en extraire tout ce qui lui semblera utile pour sa prétention (1). La représentation au contraire est bien plus limitée : le législateur a voulu par là déterminer une sorte d'exhibition restreinte à certaines matières seulement, et sauvegarder le secret des affaires du commerçant. A cet effet la représentation est faite non à l'adversaire, mais au juge, et en principe n'a pour but que des recherches portant sur des points déterminés. C'est la solution qui prévaut en doctrine et celle qui est autorisée par le texte même des articles.

(1) Alauzet, *Comment. du C. de comm.*, t. I, p. 140. Même opinion dans Thaller, *Manuel*, et dans Lyon-Caen et Renault, *Précis de Dr. comm.*

Nous nous trouvons ici en présence d'une véritable action *ad exhibendum*, et nous la trouvons justement dans celle des branches de l'activité humaine où la nécessité d'un secret rigoureux apparaît le plus nettement. Il y a là une contradiction manifeste qu'il faut expliquer. Notons d'abord que la tradition joue un rôle important en cette matière. Les articles 14 et 15 du Code de commerce sont la reproduction presque exacte de l'ordonnance sur le commerce de 1673 (1) Titre III art. 9 et 10; cette ordonnance elle-même ne faisait que consacrer ce qui existait. De tout temps on a considéré en effet « que les livres des marchands doivent avoir plus d'autorité que ceux d'un particulier et que si la loi prescrit aux commerçants de tenir des livres, ce n'est pas pour que ces livres restent inutiles ». On a pu retrouver en droit romain l'origine de cette institution dans les livres des *argentarii* et même dans ceux des commerçants ordinaires (2). Mais il semble que ce soit surtout au Moyen-âge que l'institution s'est développée. L'obligation est bien indiquée par les auteurs italiens de cette période qui se sont tant occupés de droit commercial. A toute époque par conséquent on a admis l'exhibition des livres de commerce. D'un autre côté, le secret des affaires commerciales est une nécessité : plus que jamais aujourd'hui l'activité de la concurrence, l'extension des marchés, les transformations subites de l'outillage rendent difficile l'exercice du com-

(1) Ci-dessus, p. 43, note 2.

(2) Massé, *Droit commercial* (2^e édition, 1862), tome IV, n^o 2487.

mercé sans un secret rigoureux. Le crédit qui est à la base du commerce moderne oblige aussi à tenir secrètes les affaires ; le commerçant, dont on connaîtrait la situation financière, se verrait vite acculé à la ruine par ses concurrents ; et le secret d'affaires se matérialise dans le secret des livres. Cependant, nous le savons, la loi porte atteinte à ce secret : dans certains cas très graves, qui visent tous des hypothèses de communauté ou la faillite, elle le détruit entièrement, c'est la communication des livres (art. 14) ; quand les intérêts en jeu sont moins importants, le mode normal est la représentation (art. 15).

Tous les auteurs sont d'accord pour donner comme fondement à cette obligation qui pèse sur le commerçant les dispositions de la loi qui l'obligent à tenir des livres ; assurément les deux choses sont liées et on ne comprendrait point cette obligation si les livres ne devaient point obligatoirement servir. Mais alors la question est simplement déplacée, il faut rechercher pourquoi on impose aux commerçants cette obligation exorbitante du droit commun. Il semble qu'il faille rechercher l'explication dans cette notion que le commerce repose sur le crédit, c'est-à-dire sur la confiance mutuelle et la bonne foi réciproque, que les opérations commerciales ne peuvent être conclues avec cette rapidité et cette souplesse qui en sont l'apanage, que si les règles ordinaires de preuve sont rendues moins rigoureuses, en un mot qu'au point de vue de la preuve, il y ait une collaboration des parties, plutôt que leur antagonisme. Nous voyons ainsi reparaître la notion de bonne foi, que nous avons signalée en tête de ces développements ; sans ces deux conditions de rapidité et

de sécurité le commerce n'existerait pas avec la forme que nous lui connaissons. Aussi comprend-on que ce besoin impérieux ait fait plier les règles individualistes et limiter cette propension naturelle et même nécessaire à conserver le plus possible le secret des opérations commerciales.

3^o *Reddition de comptes.* — Lorsqu'un administrateur du bien d'autrui ou un mandataire cesse ses fonctions, il est nécessaire de procéder à une liquidation des intérêts qui sont pendants entre les parties. Par conséquent il faudra que celui qui rend ses comptes exhibe, à l'appui de toute affirmation de sa part, les pièces qui constatent la réalité des dépenses engagées ou des recettes effectuées. Différents articles du Code civil ou du Code de procédure civile concernent la reddition de comptes : tutelle, administration provisoire des biens d'un absent, succession vacante, cas de l'exécuteur testamentaire, de l'héritier bénéficiaire, du possesseur condamné à restituer certains biens, etc... ; dans tous ces cas les pièces justificatives à fournir par la partie qui rend le compte, le sont en vertu d'une véritable obligation dont la sanction, bien qu'indirecte, est fort sévère, puisque les articles non justifiés peuvent être rejetés.

Cependant il n'y aurait point là matière à discussion en ce qui concerne notre sujet, puisque cette obligation est en quelque sorte en faveur de la partie qui produit, et non pas dirigée contre elle. Si la production est faite ici, ce n'est pas pour servir les intérêts d'autrui, mais les intérêts personnels de la partie. Il était toutefois nécessaire de mentionner la reddition de comptes, car nous le verrons, dans cette hypothèse, les décisions

judiciaires ont élargi l'obligation de produire et l'ont quelquefois imposée à l'autre partie ; connaissant le cas précis visé par la loi et les obligations qu'elle porte, nous pourrons dès lors mieux apercevoir ce qu'il peut y avoir de nouveau dans cette jurisprudence.

4^o *Vérification d'écritures.* — L'obligation d'aider à la preuve de l'adversaire nous apparaît encore bien mieux dans la procédure de la vérification d'écritures. « Cette procédure a pour but d'examiner en justice un acte sous-seing privé à l'effet de constater s'il a été réellement signé par la personne à laquelle il est attribué » (1). Elle a donc pour objet la constatation d'un fait susceptible d'être prouvé par tous moyens ; ce fait c'est, par exemple, la sincérité de la signature qui est apposée sur le titre ; elle correspond, dans le domaine des actes sous-seings privés, à la procédure de l'inscription de faux qui vise les actes authentiques. En règle générale, cette vérification d'écritures ne peut se faire que par la comparaison de la pièce contestée avec d'autres pièces dont l'origine est certaine. A cet effet, la loi impose aux personnes qui détiennent des pièces de comparaison de les exhiber sur l'ordre du juge (art. 201 et suiv. C. de pr. civ.). « En principe, tout dépositaire, quel qu'il soit, personne publique ou simple particulier, d'une pièce qui peut servir de terme de comparaison, est tenu d'obtempérer à l'ordre de la justice et de présenter l'écrit qu'il détient. Les termes de l'article

(1) Glasson, Colmet-Daage et Tissier. *Précis théorique et pratique de procédure civile* ; tome 1 (2^e édition 1908), p. 756.

201 sont si généraux qu'on peut contraindre le défendeur lui-même à fournir les pièces de comparaison qui sont entre ses mains » (1). Ici par conséquent la règle « *Nemo tenetur edere contra se* » ne saurait s'appliquer. Il y a mieux : les pièces de comparaison fournies peuvent être insuffisantes ; quand l'écrit à vérifier est prétendu émaner du défendeur, lequel conteste cette allégation, le tribunal peut ordonner au défendeur de « faire un corps d'écritures » devant les experts et le demandeur (art. 206). C'est là une mesure particulièrement grave, qui rapproche l'instruction des procès civils de l'instruction au criminel. Ce qu'il y a de curieux c'est que l'article 206 est une innovation dans notre droit (2) : ni l'ordonnance de 1667, ni l'édit de 1684 qui s'occupaient de la question, n'avaient rien prescrit de semblable. Ici il y a vraiment collaboration entre les plaideurs ; si les pièces fournies par le demandeur sont insuffisantes, on ne renvoie pas le défendeur de l'instance, comme la pure conception individualiste du droit semblerait l'exiger, on lui impose au contraire une obligation très lourde, un véritable témoignage personnel susceptible de se retourner éventuellement contre lui-même. Il ne saurait être question pour lui de refuser cette preuve, car s'il fait défaut ou refuse de compo-

(1) Glasson, *ibid.* p. 771. La dernière phrase, s'appliquant au défendeur, fait apparaître un cas d'action *ad exhibendum*.

(2) Ce n'est d'ailleurs pas sans difficulté que cet article a été admis. Le tribunal avait proposé qu'on supprimât l'alternative « en cas d'insuffisance des pièces » et qu'il ne fût plus possible d'agir ainsi qu'au seul cas de défaut de pièces. Cet amendement fut repoussé. V. Locré, *Esprit du C. de proc. civ.* (Paris 1816) tome 1^{er} p. 403-404.

ser le corps d'écriture, le juge-commissaire en réfère au tribunal qui doit tenir la pièce pour reconnue, à moins que la partie n'invoque quelque excuse légitime (1). La raison d'ailleurs est toute simple de cette rigueur particulière de la loi. On la déduit du rapprochement avec la procédure de l'inscription de faux. Ce qui importe avant tout, ici, c'est la recherche de la vérité ; la vérification d'écritures, bien que procédure civile, se rapproche par son but de l'instruction criminelle. La preuve en est dans l'article 213 condamnant la partie, qui est convaincue d'avoir faussement dénié l'écriture, à une amende envers le domaine. Le contact est étroit entre le droit civil et le droit pénal, en cette matière. Nous aurons l'occasion de voir souvent dans les développements qui vont suivre l'influence de ces idées de fraude, de dol, et plus généralement de délit, influence qui s'exerce dans le sens d'un élargissement des pouvoirs ordinaires du juge et d'une facilité plus grande dans l'admission des moyens de preuve, notamment dans la possibilité pour le magistrat de prononcer le cas échéant un ordre d'exhibition de documents.

5° *Différents droits d'exhibition ressortant d'autres dispositions du code ou de lois ultérieures.* — Dans cette catégorie nous pouvons ranger d'abord le droit de contrôle des associés dans la société, lequel implique la possibilité pour eux de se faire présenter tous les documents concernant l'administration de l'organisme commun. L'exhibition du document reçoit alors comme fon-

(1) Glasson, *Loc. cit.* p. 773.

dement l'idée de communauté du titre à exhiber. Dans les sociétés de personnes organisées par le droit civil ou le droit commercial, l'associé est tenu de subir sur tous ses biens personnels l'exécution des engagements de la société ; il doit donc pouvoir s'assurer de la nature et de l'importance de ces engagements, et pour cela, il doit recevoir le droit de se faire exhiber toutes les pièces de cette administration. Au surplus, même si l'on déduit de l'existence d'un capital social, et de la règle que les apports, même immobiliers, des associés sont considérés comme meubles (art. 529 et suiv. Code civ.), l'idée de la personnalité juridique de la société, cette personnalité externe n'empêche point que dans les rapports des associés entre eux les titres et documents doivent être considérés comme leur copropriété ; et nul ne contestera que chaque copropriétaire ait droit à l'usage de l'objet commun.

Il n'en va point de même dans les sociétés dites de capitaux, dans lesquelles la responsabilité de chaque associé est limitée à son apport ; d'autant plus qu'ici l'hypothèse change complètement, la personne de l'associé actionnaire étant souvent inconnue. Nous voyons dès lors reparaître la nécessité du secret commercial. Aussi la loi n'accorde-t-elle point le droit à l'exhibition des documents à tout actionnaire ; mais certaines personnes (1) nominativement désignées par l'assemblée

(1) Un droit spécial à chaque actionnaire est cependant reconnu par l'art. 35 de la loi du 24 juillet 1867. Tout actionnaire peut prendre communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires et se faire délivrer copie du bilan résumant

générale annuelle comme commissaires, représentent la totalité des actionnaires et reçoivent un droit de contrôle étendu (art. 32 et 33, loi du 24 juillet 1867). Enfin, il est une catégorie d'associés pour lesquels quelques doutes peuvent s'élever, ce sont les commanditaires dans la commandite simple. Il nous semble que pour eux, bien que leur responsabilité soit limitée, leur droit de contrôle est nécessaire comme celui de tout associé, et d'autre part, comme ils sont connus personnellement, les conditions qui dans les sociétés de capitaux ont imposé des restrictions au droit commun, ne se trouvent pas réunies (1).

La même idée du titre commun explique une autre disposition du Code civil, celle de l'article 842, al. 2 et 3. Quand une propriété a été partagée, les titres (2) doivent en rester à celui qui en reçoit la plus grande part, à la charge d'en aider ceux de ses copartageants qui y auront intérêt ; de même quand un titre est commun à toute une hérédité. C'est un droit de propriété qui sert alors de support au droit à la preuve. Normalement ces deux droits se confondent, mais ici nous les voyons dis-

l'inventaire, et du rapport des commissaires. C'est un certain droit à l'exhibition, mais il est moins important que celui des commissaires dont il dépend en partie.

(1) Voir sur le contrôle du commanditaire par intérêt, Demogue, *Annales de Dr. Comm.* 1901 et *Rev. trim. de Dr. Civ.*, 1907, p. 117.

(2) Les titres nobiliaires obéissent à des règles spéciales. V. Cass., 25 oct. 1898. S. 1899.1.117. Mais il nous semble que ceux des enfants ou descendants qui n'y ont pas droit et qui désireraient prendre copie des documents qui les constatent, pourraient exercer une action *ad exhibendum*.

sociés par le fait du partage, c'est ce qui fait l'intérêt de l'article 842.

Il est enfin un texte qui semble accorder un droit à l'exhibition, mais qui n'a pas été considéré comme tel par la doctrine française, à la différence de la doctrine belge que nous avons déjà vue ; c'est l'article 1331 du Code civil, concernant la preuve par les registres et papiers domestiques. Ces instruments de preuve font foi dans certaines conditions contre celui qui les a écrits ; cela semble impliquer que celui qui les invoque doit pouvoir en obtenir l'exhibition quand il y a intérêt. Cette question a soulevé une vive controverse en doctrine. Certains auteurs voulaient tirer de cette disposition l'obligation d'exhiber ces titres pour la personne qui les détient, et par là faire échec à la règle « *Nemo tenetur edere contra se* » quand celle-ci l'invoque (1). D'autres, et ce sont les plus récents, déclarent qu'en aucun cas le juge ne peut en ordonner la production et qu'elle ne saurait être que volontaire (2). Enfin quelques auteurs présentent une théorie intermédiaire, admettant que dans certains cas le juge *peut* en ordonner la production mais que jamais il n'y aura là pour lui une obligation légale (3).

Il est certain que toutes les hypothèses sont permises

(1) Toullier, t. IV, 2, n° 404, p. 384. — Duranton, t. 13, n° 209 et s. — Laurent, t. 19, nos 355 et 356.

(2) Larombière, t. IV, sur l'art. 1331, n° 72. — Aubry et Rau § 758. — Demolombe, t. 6, p. 555. — Planiol, t. 2, (6^e édit.) n° 110. — Colin et Capitant, t. 2 (2^e édit.), p. 201. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. 3, p. 780.

(3) Bonnier et Larnaude, *Traité des preuves* (5^e édit.), § 746, p. 616.

puisque le texte ne vise que la force probante à donner à ces titres et a omis de décider sur la manière de les produire. Il est donc, semble-t-il, un peu exagéré de tirer de cet article une obligation d'exhiber les papiers et registres de famille. Mais c'est assurément une conclusion excessive que de dénier au juge en toute hypothèse le droit de donner un ordre d'exhibition quand il le croit utile. En outre nous adopterions volontiers la réfutation de Laurent à la principale objection tirée du secret domestique : « Ce serait, dit-on, autoriser à mettre au grand jour des secrets de famille ; nous demanderons si l'habitude est de confier des secrets de famille à un registre où l'on écrit les recettes et les dépenses, les dettes et les paiements (1) ». La vraie raison de la décision des auteurs les plus modernes n'est d'ailleurs pas là ; ce n'est pas une raison juridique. Il faut la chercher dans ce fait que la tenue des registres domestiques avec le caractère obligatoire qu'elle avait en droit romain a disparu de nos mœurs. Dès lors la personne qui les tiendrait encore pourrait se voir, par sa diligence même, placée dans une situation plus défavorable que celle qui n'en posséderait pas. Au surplus nous allons voir que dans la pratique, par suite de cette hostilité particulière de la doctrine, l'article 1331 est considéré comme sans grande valeur.

Il est cependant un cas où les registres personnels des individus, bien que ceux-ci ne soient point des commerçants, doivent être produits en justice. C'est celui visé par l'article 44 de la loi du 18 juillet 1889

(1) Laurent, t. 19, § 355.

sur le Code rural, loi qui organise le bail à colonat partiaire. Ce texte porte qu'en cas de contestation sur le règlement du compte d'exploitation entre le bailleur et le métayer le juge de paix statue « sur le vu des registres des parties ». Il semble qu'ici la production puisse être exigée (1).

SECTION II.

Applications pratiques des règles positives.

Si le droit, envisagé comme prérogative de l'individu, est fait pour se réaliser, la loi est destinée à être appliquée ; et bien souvent dans cette application on voit se modifier les idées essentielles que le législateur avait pensé déterminer de façon définitive. C'est là vraiment qu'on peut voir la vie du droit (2), qu'on peut se rendre compte de cette force secrète qui, malgré les volontés humaines, sait diriger le droit dans des directions que souvent les hommes voulaient éviter. L'étude de la jurisprudence peut seule nous en donner la connais-

(1) D'autres dispositions légales visent des cas d'exhibition de documents : art. 1007, présentation des testaments au Président du tribunal civil. Il y a une exhibition permanente dans toutes les formalités de publicité : actes de l'Etat civil, contrat de mariage pour les commerçants, hypothèques, transcription des mutations immobilières, etc... — Sur l'obligation de fournir des certificats, voir *infra*.

(2) V. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*,

sance et de la multiplicité des solutions d'espèce se dégage fréquemment une conception toute nouvelle et très différente du texte légal. Nous allons essayer de montrer ce que sont devenues dans la pratique les institutions dont nous venons d'exposer les règles théoriques.

En général on peut dire que le mouvement qui domine en jurisprudence étend l'obligation présentée par les différents textes de la loi ; les solutions précises en sont largement dépassées, et si à la lecture des Codes on pouvait prétendre que l'action *ad exhibendum* est inconnue du droit français, on ne le peut plus lorsqu'on a consulté les décisions d'espèce. Tant il est vrai que lorsqu'une institution a pour elle la logique et la vérité, les limites étroites dans lesquelles on veut l'enfermer éclatent toujours sous la poussée de la vie.

Dans cette évolution, différentes idées ont été mises en œuvre par les juges. Nous avons pu en déterminer trois principales : l'idée de titre commun, l'idée de mandat et l'idée de l'équité ou de l'intérêt de la justice. Toutes s'appuient sur des textes ou des principes généraux certains, ce qui est nécessaire puisqu'un juge doit, pour modifier un texte, utiliser un autre texte auquel il donne une valeur prépondérante (1). Ici les éléments ont été fournis par la théorie de la propriété, par celle du mandat, par celle enfin de ces pouvoirs assez indéterminés que les Codes ont dû reconnaître aux juges et

(1) Il en a été de même dans l'évolution du droit anglais, dans celle du droit belge ou du droit italien. C'est une règle générale de toute évolution de jurisprudence.

dont l'article 1036 du C. de pr. civ. est un des textes les plus marquants :

Et d'abord, *l'idée de communauté de titre* : lorsque, d'une façon quelconque, le document nécessaire à la preuve peut être considéré comme commun entre les parties, ce titre doit être exhibé par celui qui le détient sur la demande de l'autre partie (1).

Ce mot de communauté de titre correspond d'abord à un droit de copropriété sur le contenu du document. L'idée normale de la copropriété apparaît dans l'article 842 C. civ. et dans le droit de contrôle des associés, que nous avons déjà étudiés. C'est encore cette notion de communauté de titre qu'ont bien soin de faire ressortir les quelques arrêts qui appliquent l'article 1331 civ. en permettant au juge d'ordonner la production des registres et papiers domestiques. Tant est grande en cette matière la puissance de l'idée individualiste, malgré les critiques qu'on peut faire à cette conception du texte ! Il semble même que l'on ait un peu forcé le sens des mots et appelé communs, pour les besoins de la cause, des titres qui ne paraissent point l'être en réalité (2).

(1) Garsonnet et Cézard-Bru. *Traité théor. et prat. de Procédure* (3^e édit.), t. 2, n^o 239. Voir aussi : Metz, 25 février 1869. D. 69 2. 95

(2) Req 16 mars 1909. D. 09.1.343. Voir aussi : Dalloz. *Supp. au Rép.* V^o Obligations, n^o 1768. — Toulouse, 9 juin 1877. D. 78.1.85; Rennes, 26 fév 1879. D. 80.2.91; Orléans, 19 déc. 1895. D. 97.2.77. A ce sujet v. Demolombe, t. 29, p 558 et s., avec de nombreuses références.

En dehors de ces hypothèses les juges ne se croient généra-

Mais la notion de titre commun dépasse celle de copropriété. Ainsi Merlin nous a déjà montré qu'on pouvait rattacher à cette idée les règles concernant l'exhibition des livres de commerce, pour lesquels il ne saurait être question de copropriété. Assurément ce n'est pas là le principe qui a fait admettre l'institution, mais il est certain qu'on peut y trouver une base juridique intéressante. Ce serait, pourrait-on dire, parce que ces livres sont en une certaine mesure communs aux parties, que la loi en autorise l'exhibition et selon l'intensité de cette idée de communauté, nous aurions soit la communication, c'est-à-dire le dessaisissement complet du commerçant, ou la simple représentation, dessaisissement partiel. Seulement en pratique ces distinctions subtiles n'existent plus; en fait, la représentation s'effectue par le dépôt du livre au greffe du tribunal de commerce, et il y a bien dès lors dessaisissement complet et non plus partiel. Quant aux inconvénients que cela présente pour le secret, ces inconvénients que le législateur avait pensé limiter aux quatre cas spéciaux de l'art. 14 du C. de com., ils sont d'autant plus graves que les juges commerciaux ne sont point des professionnels, mais des juges élus, investis de pouvoirs temporaires et qui peuvent souvent être des concurrents des parties (1).

lement pas autorisés à ordonner la production des papiers domestiques et l'art. 1331 ne s'applique que lorsque ces documents ont été volontairement présentés, ce qui nous fait sortir du domaine de l'action *ad exhibendum*.

(1) Mayer. *Le secret des affaires commerciales*. thèse Paris, 1900, 2^e partie. — Bédarride. *Comment. du C. de com.*, liv. 1 et 2, n° 300.

Quoi qu'il en soit, les dispositions du Code de commerce, qui nous sont déjà apparues comme exceptionnelles et déroatoires aux principes du droit commun de la codification française moderne, devraient être appliquées strictement aux hypothèses visées par les textes. Mais la jurisprudence va plus loin. Elle ne se contente pas d'ordonner l'exhibition des livres exigés par la loi, elle étend l'obligation aux livres auxiliaires, tenus par le commerçant non plus en vertu d'une obligation légale, mais dans son propre intérêt personnel (1). La notion de droit à la preuve est donc particulièrement apparente dans ce cas ; la loi ne doit plus être considérée comme établissant une exception, d'interprétation stricte, mais comme posant les applications spéciales d'un principe plus général. Un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 16 mai 1899 (2) étend l'obligation de produire aux « autres livres, registres auxiliaires et documents qui existent dans les maisons de commerce et dont l'examen est propre à éclairer la religion des tribunaux ». Un jugement antérieur du tribunal de commerce de la Seine avait refusé cette production dans un procès qui mettait aux prises l'un de nos plus célèbres écrivains et son éditeur, et cette décision avait été cri-

(1) Il y a dès lors comme une obligation professionnelle pour le commerçant de fournir des preuves à son adversaire. V. à ce sujet Demogue. *Professionisti e non professionisti nel Diritto Civile* n° 6. (Extrait de la *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1921).

(2) Req. 16 mai 1899. D. 99.1.399. Comp. Bordeaux, 31 oct. 1899 D. 1900.2.180, qui en fait, sinon en droit, admet la communication.

tiquée par M. Valéry dans la note qu'il consacrait à ce jugement dans le *Dalloz*. L'arrêt de la Cour suprême, bien qu'il ne fût qu'un simple arrêt de rejet, prend donc toute son importance dans ce fait qu'il modifie la jurisprudence antérieure. Un autre arrêt de 1908 oblige le concessionnaire d'un abattoir communal qui a perçu des taxes illégales, à communiquer à celui qui exerce contre lui la répétition de l'indû, les livres qu'il a dû tenir (1).

Il faut cependant noter que la communication ne saurait être accordée en toutes circonstances, bien qu'elle soit ordonnée dans des hypothèses que la loi ne prévoyait certainement pas. Ce sont rarement des principes qui permettent aux juges de modifier la loi, ce sont les faits ; et dans l'appréciation des faits, ils conservent un très large pouvoir (2). Ainsi l'employé qui a droit à une part des bénéfices, s'il doit être mis à même de vérifier l'exactitude du compte fourni, n'est pas pour cela fondé à exiger la communication des livres ; il a le droit seulement d'en obtenir la représentation, non pour les compulser dans leur ensemble, mais pour les consulter sur les points en discussion. Cette solution, qui a été souvent celle de la jurisprudence, est motivée par des considérations pratiques, car l'ouvrier qui, en fait, connaît la vie intime de l'entre-

(1) Trib. de com. de la Seine, 4 juin 1896. D. 97.2.73 et note Valéry. Req., 10 nov. 1908. D. 1909.1.392. Comp. Poitiers, 14 déc. 1891. D. 92.2.455.

(2) Civ. 3 déc. 1918. D. 1920.1.36. Sur la participation aux bénéfices, voir : Poitiers, 8 juillet 1888. D. 08.2.341. Paris, 21 nov. 1903. D. 05.2.13.

prise, deviendrait un adversaire redoutable pour son patron, s'il en connaissait dès lors toute la partie secrète et générale. La situation ne serait plus égale entre eux, et c'est à maintenir l'égalité des parties que les juges doivent s'appliquer. Si cette idée d'égalité a fait admettre les dérogations déjà vues aux termes de la loi, elle conduit ici à restreindre ces dérogations qui deviendraient dangereuses.

Mais, on peut se demander s'il en sera toujours ainsi à ce point de vue particulier de la participation aux bénéfices ? Cette question est l'une des plus discutées de nos jours ; on y voit l'un des moyens de résoudre les problèmes sociaux. Deux lois récentes sont venues en sanctionner le principe : la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, complétant la loi du 24 juillet 1867, a créé des actions de travail, c'est-à-dire des titres représentatifs d'une part de l'actif social, destinés aux travailleurs de l'entreprise. Sans entrer dans les modalités de la loi on peut signaler que les travailleurs, par l'intermédiaire de mandataires élus, auront un droit de contrôle sur l'administration de la société, ce qui implique, au bénéfice de ces mandataires, le droit de se faire présenter tous les documents utiles à ce contrôle (1). De même une loi du 9 septembre 1919, modifiant la loi du 21 avril 1810 sur les mines décide que les nouvelles concessions minières comporteront obligatoirement une participa-

(1) L'ouvrier actionnaire doit avoir les mêmes droits de contrôle et de surveillance que l'actionnaire capitaliste. (Rapport de M. Deloncle au Sénat sur la loi de 1917).

tion aux bénéfices de l'Etat et du personnel. Chacun de ceux auxquels une participation est accordée doit pouvoir contrôler les bénéfices ; il semble bien alors que la théorie jurisprudentielle antérieure deviendrait insuffisante, car juridiquement la représentation est trop restreinte, puisqu'elle ne s'applique qu'à certaines parties déterminées des livres, et que dans ce cas on ne les connaît point d'avance. Si l'on continue dans cette voie, il faudra reconnaître tôt ou tard au participant un droit à l'exhibition des documents de l'entreprise (1).

Au surplus, nous l'avons indiqué, en pratique la représentation est une véritable communication au tribunal. Aussi certains parlementaires ont-ils estimé qu'il était dès lors inutile de maintenir la distinction entre la représentation et la communication. Une récente proposition de loi, qui a pour but de modifier le titre II du livre 1^{er} du Code de commerce (2), porte dans son article 23 la consécration de cette idée : « Art. 23 : La communication des livres peut dans tous les cas être ordonnée en justice, si elle est offerte ou requise par

(1) Il y a actuellement les propositions de loi Brousse et Godet (1921) sur la participation obligatoire. On peut rapprocher aussi le projet de loi actuellement pendant devant le Sénat sur le nouveau régime des chemins de fer.

Cette nécessité d'arriver à une exhibition complète de tous les documents d'affaires, fera probablement échouer les propositions de loi trop générales sur la participation obligatoire. Le secret des affaires est une nécessité. V. Bédarride, *op. cit.* n° 292.

(2) Proposition de loi de M. Fleury-Ravarin sur la comptabilité commerciale et la tenue des livres (*Doc. parl.*, Ch. des députés, n° 3195. Session extr. de 1921).

l'une des parties ». Du moment, ajoute le rapporteur, qu'on admet que les livres de commerce font foi en justice, il est rationnel d'élargir la règle ancienne et d'admettre dans tous les cas la communication. Il serait peut-être bon de rappeler ici les enseignements de l'histoire. Celle-ci nous apprend qu'avant l'ordonnance de 1673, qui organisa pour la première fois la matière, la communication des livres était souvent ordonnée, et causait de tels préjudices que bien souvent les négociants préféraient perdre leur procès en refusant la communication, que le gagner peut-être en permettant à leurs concurrents de connaître tous leurs secrets (1).

Ainsi les articles du Code de commerce sont largement dépassés par les faits, et le droit au secret est limité par le droit à la preuve. Au cas de représentation de livres, il n'y a pas en droit français ce qui existe en droit anglais : la partie qui produit ses livres n'est pas autorisée à déterminer elle-même sur quelle fraction de ceux-ci portera l'inspection et à sceller les autres feuillets du volume pour assurer leur inviolabilité. Une certaine garantie est bien fournie par cette circonstance que le plus souvent l'exhibition est faite au juge, mais en cette matière la garantie est assez précaire, le juge étant lui aussi commerçant. Enfin le mouvement actuel paraît être d'élargir les textes de la loi de telle sorte que cette garantie même n'existerait plus, si l'on conserve au mot communication la valeur toute spéciale et très précise qu'il reçoit traditionnellement dans notre institution.

(1) Savary, *Le parfait négociant*, t. 1, p. 295.

Le droit à la preuve, avec son application pratique dans l'action en exhibition de documents paraît donc bien avoir été reconnu par la jurisprudence en partant de cette idée de communauté de titre. La communication des pièces communes entre associés, entre copartageants, et même entre contractants est fort largement comprise par la jurisprudence. Il semble même que la tendance générale soit d'élargir la notion de communauté de titre, comme nous l'avons remarqué en matière de communication de registres et papiers domestiques. Par là sont bien consacrées, en pratique, la nécessité et la vitalité d'une action *ad exhibendum*.

Une seconde idée a guidé les juges dans leur mouvement d'élargissement des règles du Code, c'est l'idée de *mandat*. Quand le rapport de droit, qui unit les deux parties, présente certains des éléments constitutifs du mandat, on admet que la partie qui peut être considérée comme mandataire ne doit pas se refuser à l'exhibition des documents qui concernent le rapport de droit. Cette idée d'un mandat tacite fondant l'obligation d'exhibition se rapproche d'ailleurs beaucoup de celle de communauté de titre : en effet dans le mandat véritable, l'obligation de rendre compte et de présenter toutes les pièces utiles se fonde sur l'idée que, par delà la personnalité du mandataire, les documents visent la personne du mandant, et qu'ils paraissent dès lors, sinon sa propriété pleine et entière, au moins sa copropriété.

Ainsi lorsqu'un avocat demande à un avoué d'agir à sa place et en son nom pour le recouvrement des honoraires qui lui sont dus par les clients de l'étude, la communication des livres est obligatoire pour l'avoué

mandataire au profit de l'avocat mandant, afin d'établir les opérations et actes dont il doit être rendu compte (1); et la décision de justice fait expressément ressortir que ces livres « ont été tenus dans l'intérêt du mandataire et dans celui du mandant ». La même idée de mandat explique les solutions de la Cour de cassation concernant les rapports entre commettants et commissionnaires, qui admettent dans certains cas, et notamment quand cela ne présentera pas de dommage pour le commissionnaire, l'obligation pour lui de révéler les noms de ses acheteurs (2). Enfin un arrêt fort ancien décide, en matière de reddition de comptes, que si le mandant a tenu une comptabilité, il peut être contraint de produire les états de situation que lui a fournis le mandataire, lorsque leur existence est établie et qu'ils sont utiles à la cause (3). Ainsi le souci de maintenir la balance égale entre les deux parties permet au juge d'imposer, suivant l'espèce, à l'un ou l'autre, l'obligation de faciliter la preuve de son adversaire, si en fait il est constant qu'il le peut.

Cette idée de mandat a même fait échec aux dispositions strictes et rigoureuses concernant le secret des notaires. Jusqu'en 1890 (décret du 30 janvier 1890) les notaires n'étaient pas obligés de tenir des livres, et, pas

(1) Orléans, 19 déc. 1895. D. 97.2. 77.

(2) Cass., 7 déc. 1858. S. 59.1.305, et 30 mars 1859. D. 59. 1.175; Req., 15 nov. 1898. D. 1900.1.317. Mais pour le commissionnaire du croire la question est plus douteuse, et l'obligation de présenter ses livres et documents n'a pas été admise par certains arrêts. Rouen, 5 mai 1897 sous Req., 19 mars 1900. D. 1901. 1.437. Voir cependant *contra* l'arrêt, Cass., 7 déc. 1858 précité.

(3) Paris, 29 janvier 1818. Dalloz, *Rép.*, v^o Compte, n^o 85.

plus que les simples particuliers, ils n'étaient tenus de les produire en justice lorsqu'en fait ils en avaient tenu (1). Il a cependant été décidé par certains jugements ou arrêts que le notaire qui est appelé à rendre compte des effets d'un mandat à lui confié, peut être tenu de communiquer ses livres et pièces comptables, pour tout ce qui concerne l'exécution de ce mandat, si cette communication semble utile à la manifestation de la vérité (2). Une nouvelle théorie sur le secret des notaires, soutenue par Amiaud, tendrait à faire décider qu'en raison du caractère obligatoire qu'ont actuellement les registres de comptabilité notariale, les juges pourraient en ordonner la production en justice, soit à l'occasion de différends privés entre un notaire et ses clients, soit à l'occasion de poursuites disciplinaires. Ces idées nouvelles montrent en quelque sorte une influence particulière des règles du droit commercial : tout au moins entre les parties, le secret absolu des notaires faiblirait donc devant le droit à la preuve.

Une hypothèse assez voisine de celles que nous venons d'étudier nous est présentée par une espèce sur laquelle la Cour de Caen s'est prononcée le 17 février 1908 (3). Un notaire, dépositaire d'un testament, n'avait pas avisé des dispositions, qui le concernaient, un légataire institué par ce titre. Le légataire, privé ainsi des intérêts de

(1) Rennes, 31 mars 1849. D. 1850.5, v^o Preuve littérale, n^o 5.

(2) Angers, 22 mai 1872 ; Comp. Orléans, 24 mars 1888 et 3 janvier 1889, cités par Amiaud, *Traité-formulaire général du notariat*, t. 1, v^o Comptabilité notariale, n^{os} 17 et suiv..

(3) D. 1908.2.245, avec note. Voir aussi *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1908, p. 691

son legs pendant quelques années, agit en responsabilité contre le notaire. Celui-ci fut déclaré en faute de n'avoir pas averti le légataire, qu'il connaissait, du legs à lui échu. Ce notaire avait reçu le testament des mains du testateur ; on pouvait donc voir, dans l'espèce, une sorte de mandat tacite, le notaire « s'étant implicitement engagé à porter les dispositions du testament à la connaissance des intéressés, condition indispensable pour la réalisation des volontés du testateur ». A ce même point de vue, il existait déjà une obligation légale pour les notaires, celle d'aviser les administrateurs des hospices, ceux des fabriques, des établissements d'instruction publique et des communes, des legs faits à leur profit (arrêté du 4 pluviôse an II et décret du 12 août 1807). Cette obligation légale ne serait donc pas une exception, mais l'application d'un principe plus général. On peut dire qu'il y aurait d'après cet arrêt une obligation assumée par le notaire, lorsqu'il reçoit un testament, d'avertir les personnes, qui y sont portées, des dispositions qui les concernent. Seulement cette obligation ne peut reposer sur une idée de mandat puisqu'il n'y a point eu d'entente préalable entre le notaire et le bénéficiaire du legs. On pourrait peut-être faire intervenir l'idée d'une obligation de gérer l'affaire d'autrui, en entendant le mot avec le sens large que lui donne la jurisprudence actuelle et qui s'applique aussi bien aux actes matériels qu'aux actes juridiques (1). Mais alors c'est revenir par un détour et une subtilité de langage inutiles, puisque la gestion d'affaires est purement

(1) Planiol, *Traité*, tome 2, (6^e édit.), n° 2274.

volontaire, au principe indiqué par Giorgi : *Quod mihi prodest et tibi non nocet facile concedendum*. Notons d'ailleurs que cette obligation, pour le notaire en cause, était d'autant plus accusée que suivant les termes de l'arrêt, il avait correspondu avec le légataire après la mort du défunt, et qu'il en connaissait pertinemment l'existence et l'adresse ; des relations existaient donc entre ces deux personnes, et cette circonstance de fait a pu influencer sur la décision des juges.

Enfin, l'idée la plus généralement mise en œuvre dans les arrêts et jugements se fonde sur *l'équité ou l'intérêt de la justice*. « Malgré la disposition limitative de l'article 188, dit un arrêt (1), les tribunaux peuvent, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, ordonner la production d'autres pièces non significées, ni employées dans la cause ». Ailleurs, on lit que « si, en certains cas, l'adage ancien *Nemo tenetur prodere contra se* » a sa raison d'être et s'appuie sur la règle que celui qui a fait une demande doit fournir ses preuves, il est constant qu'en en étendant l'application jusqu'à refuser communication d'une pièce essentielle à la vérité, on commettrait une véritable injustice (2) ».

Cette idée d'équité est bien plus compréhensive que celles que nous avons étudiées jusqu'ici ; elle n'est plus limitée dans son application par les principes juri-

(1) Nancy, 23 janvier 1892. D. 93.2.365 ; Cassat., 17 juin 1879, S. 81.1.116 ; Paris, 29 juillet. 1882, S. 82.2.223.

(2) Trib. de Châlons-sur-Saône, 26 mai 1875, avec Dijon, 29 février 1876. D. 77.2.94.

diques qui dominent les règles de la propriété ou du mandat. « Le droit de demander la communication des titres de l'adversaire appartient à toute partie en cause, à la condition qu'elle justifie d'un intérêt légitime à cette communication, alors même que les titres ne seraient pas communs entre les parties (1) ». On croirait voir revivre ici les principes du droit canonique, que nous avons exposé plus haut : un simple intérêt suffit à donner le droit à la partie qui réclame de se faire exhiber les documents nécessaires à sa cause.

Mais une pareille solution, au moins avec cette généralité extrême, n'est cependant pas toujours admise. La doctrine est divisée et la jurisprudence, tout en admettant les pouvoirs étendus qu'on reconnaît ainsi aux juges, semble hésiter un peu à les pousser à l'extrême. A la vérité, le plus grand nombre des auteurs qui ont traité de la communication de pièces prennent partie pour la théorie extensive : les pièces employées ou signifiées dans une instance ne sont point les seules dont la partie, à qui on les oppose, soit en droit de demander communication. Elle peut encore demander communication des pièces qui peuvent servir à l'instruction de la cause, en quelque lieu qu'elles soient déposées (2). Aucun article de nos Codes, ajoute-t-on, ne reproduit en effet la règle *Nemo tenetur edere contra se*.

(1) Trib. civ. de Laon, 26 juin 1895, avec Amiens, 3 mars 1896. D. 97.2.199.

(2) Carré et Chauveau, 5^e édit., t. I, quest. 788. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, 15^e édit., t. I, n^o 412. — Glasson et Colmet-Daage, 2^e édit., t. I, n^o 685.

Mais une autre opinion plus récente admet la thèse contraire et déclare qu'on ne peut pas rigoureusement exiger d'une partie la production de titres qu'on sait être en sa possession, mais dont elle s'abstient elle-même de faire usage (2). Cette théorie limitative paraîtrait même avoir été adoptée dans certaines décisions de jurisprudence, mais, en consultant attentivement ces arrêts, on constate que la pensée des juges a été probablement dominée par des circonstances de fait de la cause ou par la volonté de ne point se laisser entraîner à des conséquences peut-être injustes. Ainsi un arrêt de Paris, du 29 juillet 1882, pose bien le principe restrictif, mais il le fait suivre immédiatement d'une phrase qui reconnaît au tribunal le droit d'ordonner la production de pièces autres que celles employées et signifiées, ce qui admet la thèse contraire. Ainsi, un arrêt de Douai, du 13 décembre 1898, visait une affaire dans laquelle la demande d'exhibition des documents avait surtout un caractère de pure malice, et, sans s'appuyer sur un intérêt sérieux, ne visait qu'à préparer une action en responsabilité contre le défendeur. Ainsi encore, un arrêt de la Chambre des requêtes, en date du 13 juillet

(2) Garsonnet, 2^e édit., t. II, § 702, p. 495. — Que se passera-t-il si la pièce est détenue par un tiers, mandataire du défendeur ? Il semble qu'on doive agir contre le défendeur, de la même manière que s'il avait le document en son pouvoir immédiat. Si l'on veut agir contre le tiers, il faudra distinguer : ce tiers est-il un dépositaire public ? On aura le compulsoire s'il s'agit d'un acte authentique. Ce tiers est-il un simple particulier ? Une action directe contre lui paraît acceptable en équité, si l'on prend soin de mettre en cause le véritable propriétaire du document.

1901, refuse une communication qui pourrait avoir pour résultat de nuire à une tierce personne (1). Par suite, ces décisions ne sont pas inconciliables avec les précédentes ; ce n'est qu'une question de mesure, de limites dans l'admission de l'action, et cette mesure ne paraît point difficile à déterminer. L'opinion restrictive a surtout considéré les inconvénients que la production forcée peut avoir pour la partie, et, dès lors, déclare d'une manière absolue que l'on ne saurait rigoureusement exiger la production. L'opinion contraire est partie d'un point de vue opposé, l'intérêt de la justice à découvrir la vérité ; elle place cet intérêt social au-dessus des intérêts individuels. C'est la vieille querelle des idées individualistes et solidaristes. On peut concevoir une conciliation entre ces deux intérêts divergents : il suffit de ne pousser à l'extrême aucune des conclusions que l'on tire. Une prétention mesurée et moyenne sera toujours facilement admise là où, poussée à l'absolu, elle serait énergiquement rejetée. Les inconvénients de la production forcée pour la partie ne pourront plus être invoqués quand, en fait, cette production ne saurait lui causer de préjudice ; l'intérêt de la justice à la découverte de la vérité, cèdera au contraire lorsque cette manifestation serait plus préjudiciable en fait qu'elle n'est utile en droit. Cette notion de préjudice qui apparaît dans les deux cas est une notion familière à la jurisprudence, celle peut-on dire avec laquelle les juges sont le plus habitués à compter.

(1) Paris, 29 juillet 1882. S. 82.2.223 ; Req., 15 juillet 1901. D. 1901.1.449 ; Douai, 15 décembre 1898. D. 1900.2.420.

Mais ce préjudice, dans le cas spécial qui nous occupe ; n'est pas en principe celui que la production des pièces peut entraîner pour la partie contrainte dans le procès actuel ; ce serait en effet ruiner toute la construction que d'admettre cette idée. C'est le dommage éventuel qui peut résulter pour elle, en plus du préjudice précédent, soit vis-à-vis du fisc, si l'acte n'a pas été enregistré, soit vis-à-vis d'une autre personne, si l'exhibition du document a pour effet d'incriminer la partie à son égard (1). Le dommage doit pouvoir être apprécié objectivement ; il doit apparaître comme extérieur au lien de droit qui unit les parties, pour être pris en considération. Il n'en sera pas tenu compte au contraire, s'il rentre dans les prévisions normales que le contractant ou le plaideur avait pu faire. Lorsque la communication forcée aurait pour résultat d'introduire au débat des éléments qu'on ne veut pas y mêler (2), ou, tout en ne présentant aucune utilité pour la cause, de nuire au défendeur (3), elle n'est pas ordonnée. En cette matière, le juge a pleins pouvoirs d'appréciation et il décide souverainement s'il y a lieu d'accorder la communication demandée (4). Tout se passe donc comme si l'obligation de produire les documents utiles à la vérité était sous-entendue dans le lien de droit qui unit les deux parties ; et cela nous ramène à l'idée de bonne foi que nous plaçons en tête de ces développements.

(1) Paris, 1^{er} juin 1832. Dalloz, *Repert.*, v^o Exception, n^o 504.

(2) Paris, 23 mars 1893. D. 93.2.411.

(3) Rouen, 11 décembre 1895. S. 98.2.185.

(4) Cass. civ., 7 juillet 1910. D. 1912.1.62.

En fait, certaines conditions apparaissent comme indispensables. D'abord, il est nécessaire que le demandeur, celui qui réclame la pièce, démontre que cette pièce se trouve aux mains de l'autre partie, sans quoi sa demande ne serait pas pertinente ; nous n'avons pas insisté sur cette condition qui ressort de tous les arrêts, car elle est normalement impliquée par les faits. Il faut ensuite que l'exhibition du document soit utile à la cause, sans quoi on ne comprendrait pas qu'on l'imposât à l'autre partie. Il faut enfin, pour réduire au minimum le dommage causé, qu'on désigne avec précision la pièce dont on demande l'exhibition, car on ne saurait avoir le droit d'opérer une véritable perquisition (1).

Quant à la nature de l'obligation, c'est une obligation de faire. La partie sur laquelle elle pèse ne saurait se contenter de présenter toutes ses archives et déclarer laisser l'autre partie y faire les recherches nécessaires. Un arrêt de la Cour de cassation a assimilé cette réponse à un refus de communication ; à ce point de vue encore, il ne faut pas que la communication ressemble à une perquisition (2).

En ce qui concerne la production des lettres missives, il est admis que dans le litige, les parties entre lesquelles ces lettres ont été échangées peuvent s'en servir comme moyen de preuve, le destinataire des lettres à raison de son droit de propriété, l'expéditeur à raison du droit qui lui appartient sur cette lettre qu'il a écrite.

(1) Glasson, Colmet-Daage, 2^e édit., t. I, n^o 685 *in fine* ;
— Nancy, 23 janvier 1892. D. 1893.2.365.

(2) Cass., 4 mai 1885. *Gaz. Pal.*, 85.2.472.

Ce n'est là que le droit commun. Mais peut-on contraindre une partie à communiquer une lettre qui serait utile à nos prétentions ? Certains auteurs le pensent (1), mais la majorité de la doctrine est en sens contraire (2). Il faut tout d'abord écarter le cas des lettres commerciales ; la loi impose au commerçant de conserver ses lettres en liasse, il doit les communiquer au même titre que ses livres (3). Mais en dehors de ces cas, la jurisprudence est assez divisée, car l'instrument que représente la lettre missive n'est pas à proprement parler un acte au sens juridique du mot. Si la lettre était purement une lettre d'affaires, il n'est pas douteux que le tribunal en ordonnerait la production, au cas où il lui apparaîtrait qu'il pourra par là découvrir un élément de vérité. Mais le plus souvent, les lettres contiennent des renseignements personnels, étrangers aux affaires ;

(1) Demolombe, IV, n° 394. — Valéry, *Des contrats par correspondance*, n° 365, p. 324 et s. — Person, *Des lettres missives*, thèse, Paris, 1910, p. 375 et s.

(2) Tissier, *De la propriété et de l'inviolabilité des lettres missives*, th. Paris, 1885, p. 89. — Legris, *Du secret des lettres missives* (2^e édit. 1894), p. 187 et s. et nombreux autres cités par Gèny, *Droits sur les lettres missives*, t. II, note 2, p. 97.

(3) Que se passerait-il au cas d'une affaire entre un commerçant et un non commerçant ? L'affaire est alors jugée civilement. Le commerçant ne peut se servir de son copie de lettres pour prouver ses allégations. Seulement il pourra prouver par tous moyens le fait de la réception de la lettre par le destinataire ; par exemple par un récépissé de la poste si la lettre a été recommandée. Et dès lors le tribunal pourra donner l'ordre d'exhibition de la lettre. V. Cass., Ch. civ. 23 février 1921. S. 1921.1.223 et *Rev. trim. de droit civ.*, 1922, jurisprudence, n° 41.

elles sont comme le dit Beaudouin « un mode de conversation entre absents, le véhicule des sentiments les plus intimes, le dépôt des confidences de la famille et de l'affection (1) », toutes notions qui sont incluses dans ce terme, si souvent invoqué en justice, de lettres confidentielles. Dès lors, il est très délicat pour les juges de franchir cette barrière sans porter atteinte aux droits très respectables, qui permettent à chaque personne d'organiser sa vie intime à son gré.

Il n'est qu'un cas où la production est assez facilement ordonnée, c'est le cas de divorce ou de séparation de corps, car alors c'est justement sur le domaine intime de la vie des parties que porte la contestation. Hors ce cas, il ne paraît guère admis en jurisprudence que l'ordre d'exhiber une lettre puisse être adressé à un plaideur, à moins que l'autre partie n'arrive à prouver que celle qu'il réclame est exclusivement une lettre d'affaires. En fait cette preuve sera très difficile ; les arrêts n'en présentent point d'exemple. Dès lors la communication ne saurait être que volontaire, jamais forcée.

Cette rigueur particulière s'explique par les difficultés de fait. Mais l'idée générale est logique, car la lettre missive n'est pas, dans son essence, un « acte » ; on n'en a pas pesé tous les termes en vue d'un but juridi-

(1) Beaudouin, *Des lettres missives*. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Lyon, 1883, p. 8. L'expression « conversation entre absents » est empruntée par l'auteur à Bartole. — Sur la notion de confidence, v. *infra*, p. 185.

que. Qui sait si l'on n'arriverait pas, par une interprétation erronée ou abusive, à lui donner une signification que son auteur n'a jamais pensé lui donner ! Il y a là un danger qu'il est pratiquement nécessaire d'éviter à tout prix ; ce danger en effet est plus grand que ceux qui pourraient résulter de la non-production. Et d'ailleurs, il faut noter, qu'en repoussant la demande, dans ces conditions, la partie ne fait pas usage de l'adage « *Nemo tenetur edere contra se* », lequel est le plus souvent employé dans un but égoïste, mais de ce droit plus élevé, qui appartient à chacun, de protéger sa personne et ses idées contre les indiscretions d'autrui.

De tout ce qui précède, nous pouvons maintenant dégager les principes qui dominent en pratique la matière de l'exhibition des pièces entre contractants ou plaideurs.

1° Les pièces à communiquer ne sont pas seulement celles dont on instrumente au procès ; l'article 188 du C. de pr. civ. n'est pas limitatif ;

2° Pour obtenir la communication, il n'est pas nécessaire d'avoir un droit sur le document, un intérêt suffit, mais il doit être sérieux ; le degré de cet intérêt sera apprécié par le juge ;

3° Toutefois la demande ne saurait préjudicier au défendeur en l'exposant à des poursuites ou instances ultérieures. Quant au préjudice qui pourrait en résulter dans l'instance pendante, on n'en tient pas compte obligatoirement, au moins s'il est d'ordre pécuniaire ;

4° Il faut que la pièce réclamée existe bien aux mains de la personne à qui on la réclame et qu'elle apparaisse comme utile à la cause. La partie qui la demande

doit la déterminer en outre avec une suffisante précision pour qu'on puisse facilement l'identifier ;

3° Il faut enfin que les recherches soient effectuées par la partie détentrice des documents, quand ceux-ci sont réunis avec d'autres. Pour elle l'obligation est nettement positive.

Que se passera-t-il si le défendeur déclare avoir détruit ou égaré le document ? Il faut distinguer : si la destruction ou la perte interviennent durant le cours du procès, ou lorsque celui-ci est imminent, elles laissent peser de graves soupçons sur la bonne foi du défendeur et ce sera à celui-ci d'écarter les soupçons. Il y aura alors déplacement de la charge de la preuve, et si cette preuve n'est pas fournie, il paraît logique d'admettre une sanction judiciaire (dommages-intérêts, perte du procès...) (1). Si au contraire la perte déclarée est antérieure à toute contestation, l'action *ad exhibendum* n'aura plus de raison d'être par défaut d'objet. Même dans ce cas on n'admettra la prétention qu'en tenant compte des habitudes ou de la profession de la personne.

Ces différentes règles, paraissent à la foi logiques et équitables. Comme le disent Chauveau et Carré : « Que l'on puisse (2) se dispenser de produire une pièce dans la vue d'écarter des procédures injustes, des exceptions trop rigoureuses, en un mot de prévenir des chicanes, cela peut être permis sans doute, « *non videbitur dolo fecisse qui fraudem expulserit* », mais c'est là que doit se borner dans le for intérieur, l'application de ce prin-

(1) Pour le calcul des dommages-intérêts v. p. 171 *infra*.

(2) *Lois de la proc. civile*, tome 2, quest. 788, note 2.

cipe que l'on n'est pas tenu de produire contre soi : en étendre l'application jusqu'à refuser la communication d'une pièce essentielle à la vérité, c'est, de la part des parties, commettre une injustice ; le conseiller, c'est, de la part de leurs défenseurs, se rendre complices de cette mauvaise foi et violer leur serment ». L'adage *Nemo tenetur edere contra se* ne saurait donc avoir une portée absolue ; ce qu'il y a dans ces mots de trop foncièrement injuste doit disparaître. L'outrance nous en est bien montrée dans une affaire assez ancienne, qui mettait aux prises un prétendu héritier et le domaine détenteur d'une succession en déshérence (1). Toutes les pièces ou titres de la succession avaient été inventoriés « pour servir à qui de droit », et cependant à une demande en communication de ces documents, le domaine, simple détenteur, prétendait opposer un refus fondé sur cet adage. Les juges décidèrent, avec juste raison, que la défense du domaine ne pouvait être admise, et celui-ci fut contraint d'exhiber ces titres qui permettaient peut-être au demandeur de tonder contre lui sa prétention.

Toute cette matière est dominée par les pouvoirs des juges. Déjà le Code, en ce qui concerne la vérification d'écritures, leur accordait des pouvoirs étendus pour la recherche de la vérité ; la jurisprudence leur en a reconnu de semblables en matière de preuve par registres de commerce, ou de communication de pièces. Le juge n'est donc pas l'être passif qu'une conception pure-

(1) Paris, 15 mars 1850, D. 50.2.123.

ment individualiste faisait apparaître : il aide au contraire à la découverte de la vérité de toute la puissance que l'Etat dont il est le représentant lui a conférée.

On peut rapprocher ici une question qui tend chaque jour à prendre plus d'importance, c'est l'*obligation pour une personne de fournir un certificat* à quelqu'un qui le lui demande, d'attester par écrit, et en dehors de toute idée de procès, un fait qu'elle connaît, cette attestation devant être utile à la personne qui la demande, sans nuire à celle qui la délivre. L'hypothèse peut se présenter soit entre parties liées par un rapport de droit, soit entre personnes étrangères. Il en est des exemples dans nos Codes. Le Code du travail (loi du 28 décembre 1910), dans son article 24, prévoit qu'à l'expiration du contrat de louage de services, l'employeur doit remettre à l'employé un certificat. La loi du 9 mars 1918 sur les baux à loyer et l'arrêté ministériel du 10 mai 1918, article 4 et suivants, qui applique cette loi, prévoient de nombreux certificats à joindre aux demandes en indemnités formées par les propriétaires ; on peut citer notamment une attestation du locataire. La loi du budget du 23 février 1901, qui établit l'actif net, sur lequel seront liquidés les droits de mutation par décès, en déduisant de cet actif les dettes de la succession, impose au créancier, dans son article 6, l'obligation de délivrer à l'héritier une attestation certifiant l'existence de la dette, « et cette attestation ne pourra être refusée », ajoute le texte.

Mais ce sont là des obligations légales dont la loi fixe la mesure et la portée. Il y a mieux. Un jugement du

tribunal de la Seine, en date du 3 février 1919 (1) a condamné un bailleur d'immeubles à une indemnité envers son locataire pour avoir refusé de lui délivrer un certificat de domicile attestant l'occupation effective des lieux donnés à bail. Ce certificat était indispensable au locataire, et le propriétaire seul pouvait le lui délivrer. Aucune obligation légale n'existait ici, car si la loi de 1918 citée précédemment impose dans certains cas au locataire de fournir une attestation à son bailleur, il n'en va pas de même inversement pour le bailleur au profit du locataire. Cependant la décision paraît équitable.

Il y aurait donc là une obligation de caractère général, s'appliquant dans tous les cas où la délivrance du certificat ne saurait porter préjudice à celui qui le délivre. C'est une obligation de caractère moral, tendant à substituer à l'égoïsme des hommes, une certaine collaboration entre eux, et qui méritait d'être rapprochée de l'action *ad exhibendum* à laquelle de nombreuses affinités la relient. On peut encore à ce sujet répéter avec Giorgi « *Quod mihi prodest, et tibi non nocet facile concedendum* ».

Si maintenant, ayant déterminé l'obligation, nous

(1) *Gazette des Tribunaux*, 1919-2-178. La question soulevée par cette décision rentrerait dans l'ordre des développements réservés au chapitre suivant, puisque les deux personnes en présence ne sont pas unies par un lien de droit préexistant, au sujet duquel l'exhibition du document soit demandée. Mais il a paru préférable de ne pas séparer cette décision des différentes obligations légales déjà vues. A ce sujet v. *Rev. Trimest. de Droit civil*, 1921.

cherchons quelle en est la sanction, nous apercevons une grande diversité de solutions. Tantôt la loi nous fournit un texte, et tantôt ce sont seulement les principes généraux du droit qui peuvent nous servir. En matière commerciale, l'article 17 comm. prescrit que le juge peut déférer le serment à la partie qui réclame les livres pour qu'elle prouve par là sa libération. Mais cela ne saurait suffire à toutes les hypothèses. Quand on demande l'exhibition des livres, et plus généralement d'un titre ou d'un document quelconque en vue d'établir un droit en justice, il faut aller plus loin et contraindre l'autre partie à produire effectivement ce document. Aussi les juges peuvent-ils employer l'astreinte (1), condamnation pécuniaire à titre de peine, prononcée par jour de retard, et dont on a trouvé le fondement juridique dans l'article 1036 du C. de proc. civ. Toutefois cette décision peut paraître quelquefois excessive ; certains tribunaux hésitent à faire ainsi pression sur la liberté individuelle, quand les faits de la cause ne révèlent pas de mauvaise foi particulière, ou quand l'astreinte apparaît comme inutile par suite de la perte du document. Alors on peut employer un autre texte légal, texte que la partie lésée ne manquera pas d'invoquer, c'est l'article 1382 civ. auquel la jurisprudence donne de nos jours une si remarquable extension. Seulement il faut dans ce cas que la personne, qui a demandé et n'a pas obtenu l'exhibition, prouve qu'elle a subi de ce fait un dommage et en demande réparation. L'appréciation du dommage sera souvent impos-

(1) Bédarride, *Comment. sur le C. de com.*, nos 312, 313.

sible en fait puisqu'elle ressortirait de l'exhibition même. Dans ce cas nous croyons que le juge pourra alors fixer arbitrairement les dommages-intérêts (1), si sa conviction est établie, car il est préférable que le préjudice soit toujours réparé, sinon ce serait donner une prime à la mauvaise foi. Enfin, il est bien certain qu'en toute hypothèse la partie qui reçoit un ordre d'exhibition émanant du juge et qui se refuse à l'exécuter se place dans une condition défavorable au point de vue de la conviction personnelle du magistrat, si elle n'ajoute pas à sa défense une allégation certaine de perte du titre ou l'indication du préjudice qui lui serait causé par la production forcée. Toutefois nous ne croyons pas que le juge puisse déférer le serment à l'autre partie, cette règle toute exceptionnelle n'étant prévue que dans le droit commercial.

A l'issue de cette étude nous pouvons donc affirmer que lorsque deux personnes sont placées dans les liens d'un contrat, ou se trouvent unies par une instance judiciaire, toutes hypothèses dans lesquelles il existe un rapport de droit préexistant, elles sont tenues d'une obligation spéciale qui concerne l'exhibition des pièces et documents susceptibles d'établir la vérité sur leurs relations juridiques. Cette obligation est sanctionnée par une sorte d'action *ad exhibendum* moderne.

Les idées dominantes paraissent en être multiples : Tantôt on s'est appuyé sur la notion de communauté de

(1) Voir un cas de fixation arbitraire par le juge du montant de la condamnation dans l'art. 534 C. de pr. civ.

titre, tantôt on a utilisé l'idée d'un mandat plus ou moins tacite, souvent aussi, quittant résolument le domaine des textes légaux, les jugements n'ont justifié leurs décisions que par des principes plus élevés, notions d'équité et d'intérêt de la justice. Variables aussi sont les sanctions admises ; elles diffèrent suivant les cas d'espèce et l'on cherche surtout à les adapter aux faits de la cause en vue de réaliser pratiquement le droit à la preuve. Il est remarquable à ce point de vue que les tribunaux ou les cours d'appel aient été toujours soutenus par la Cour de cassation dans cette évolution continue vers l'élargissement des règles trop strictes des lois positives.

Ainsi se dégage l'idée que la preuve n'est pas seulement une opération individuelle, mais pour ainsi dire, une nécessité sociale ; que les droits des particuliers ne doivent point être abandonnés aux incertitudes d'une éventualité matérielle quelconque ; que les juges, même les juges civils, ont avant tout le devoir de faire apparaître la vérité.

CHAPITRE II.

L'obligation d'exhiber un document pesant sur une tierce personne.

Si dans les rapports des parties nous avons pu dégager l'hypothèse de l'action *ad exhibendum* des autres cas prévus par les textes qui s'en rapprochaient plus ou moins,

combien mieux nous allons pouvoir le faire dans ce second chapitre puisque l'obligation prendra naissance entre personnes qui ne sont unies ni par un contrat ni par un lien de droit quelconque. On serait même tenté de dire qu'ici nous entrons dans le véritable domaine de l'action *ad exhibendum*, telle qu'elle existait dans l'antiquité. Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, on doit se rappeler que des personnes étaient considérées comme des tiers en droit romain, qui ne le sont plus de nos jours ; à Rome, en dehors des limites formelles du lien obligatoire les parties étaient absolument réputées étrangères, tandis que chez nous l'obligation a non seulement un contenu précis, mais encore s'étend comme le dit l'article 1135, à toutes les suites que l'équité l'usage ou la loi, lui donnent d'après sa nature. Ainsi le domaine de l'action s'est étendu aux contrats et aux procès ; mais il n'en reste pas moins que l'hypothèse de son exercice contre un tiers présente un intérêt tout particulier. C'est cette hypothèse que nous allons étudier.

Le droit français moderne étant ici le continuateur direct de l'ancien droit, nous aurons tout naturellement à faire les mêmes distinctions qui nous ont permis d'étudier celui-ci ; ce chapitre sera donc divisé en deux sections, correspondant aux deux hypothèses possibles :

1^o Le tiers est un officier public ;

2^o Le tiers est un simple particulier.

SECTION I^{re}.

*Action ad exhibendum dirigée contre un tiers
officier public.*

Cette hypothèse doit être précisée : le but de l'action *ad exhibendum* est de forcer un officier public qui en cette qualité détient un document privé, à le produire sur la demande d'une personne que ce document intéresse pour la preuve qu'elle a à fournir au cours d'un procès. Nous rencontrons alors une procédure spéciale, directement inspirée de l'ancien droit, la procédure du compulsoire, qui nous est déjà apparue comme une restriction au secret des notaires.

En règle générale les actes juridiques ne sauraient ni profiter, ni nuire aux tiers (art. 1165 civ.) ; ils doivent en principe leur rester indifférents. Si l'on admet une convention passée entre deux personnes maîtresses de leurs volontés, et n'ayant à régler que leur situation juridique réciproque, il semble que cette convention, supposée d'objet licite et conforme à l'ordre public, ne puisse avoir d'effet que pour les personnes qui y sont parties. Malheureusement les faits sont là pour nous montrer qu'il n'en est pas ainsi. Il arrive que des tractations intervenues entre deux personnes puissent nuire aux tiers, il arrive qu'elles puissent leur servir (1). La

(1) La simulation, qui n'est pas par elle-même une cause de nullité, est normalement dirigée contre les tiers. Planiol (6^e édit.), t. II, n^{os} 1186 et s. — La notion de l'action paulienne implique

jurisprudence reconnaît aux tiers, surtout en 1^{re} instance, un large droit d'intervention si l'instance en cours est susceptible de présenter un intérêt pour eux (1). Comme contre-partie de ce droit, l'obligation d'exhibition permettrait aux parties d'obtenir des tiers les documents nécessaires à leur preuve. Cette équivalence des droits et des devoirs est si rationnelle que le législateur l'a sanctionnée dans certains cas : il accorde au plaideur la possibilité de se procurer des éléments de conviction chez les tiers. Parmi ces tiers, les plus désignés étaient les dépositaires publics, qui sont normalement les gardiens des actes juridiques qu'on leur a confiés. On autorisera donc la partie à procéder à un compulsoire.

Cette procédure est prévue par les art. 846 et s. du C. de pr. civ. Elle a des règles très précises : elle ne peut s'appliquer qu'aux actes authentiques, elle ne peut être ordonnée qu'au cours d'une instance, les juges ont un pouvoir d'appréciation souverain pour l'autoriser. C'est qu'en effet le compulsoire, même ainsi limité, représente un danger pour le notaire, en portant atteinte au secret qu'il doit garder.

La demande de compulsoire est-elle bien une action *ad exhibendum* ? C'en est assurément une survivance ;

qu'un acte a nuï aux tiers. En dehors même de toute règle positive, sur les actes nuisant aux tiers, v. Huguenet, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910. L'acte peut aussi profiter aux tiers : aliénation consentie par l'héritier apparent, institution contractuelle qui vise des personnes non encore existantes. V. Colin et Capitant (2^e édit.), t. II, p. 318 et suiv.

(1) Glasson, Colmet-Daage et Tissier, I, n° 873.

tous les caractères de l'action s'y retrouvent : elle est fondée sur un intérêt et non sur un droit ; si elle est incidente, et non principale, c'est une innovation du Code de procédure, à raison des inconvénients que sa pratique, en tant qu'action principale, avait présentés dans l'ancien droit. Mais il y a une différence entre l'action *ad exhibendum* et le compulsoire. L'action est plus compréhensive, elle est le genre, dont le compulsoire est l'espèce. Celui-ci aboutit normalement à donner une copie, l'action ne permet en principe que d'obtenir la présentation du titre. Aussi, tout en assimilant les deux théories, ne faut-il pas les confondre en pratique (1).

Il faut mettre à part d'autres actes authentiques, qui étant destinés par leur nature même à la publicité, sont soumis à une sorte d'exhibition éventuelle permanente.

(1) Restent en dehors du compulsoire : les actes sous seings privés même détenus par un notaire, les lettres missives et documents confidentiels, les actes administratifs déposés dans les préfectures et les ministères, les télégrammes privés déposés à la poste. V. sur tous ces points : Trib. Chatellerault, 5 fév. 1906, D. 06.2.80 ; Trib. de Tours, 20 juin 1900, D. 1901.2.89 ; note Legris ; Douai, 15 déc. 1898, D. 1900.2.420 ; Riom, 15 juin 1903, S. 04.2.142 ; Cass. Req., 27 juin 1921. *Gaz. Palais*, 1921.2.429. Sur ce dernier arrêt, v. *Rev. trim. de Dr. civ.* 1922, n° 15 (Jurisprudence). Il s'agissait d'obtenir communication d'un télégramme déposé à la poste en vue d'en comparer le texte avec celui qu'avait reçu le destinataire. Comme on le demandait par la voie du compulsoire, la Cour s'est bornée à déclarer l'action irrecevable, mais au fond la question n'a pas été tranchée. Il semble que si elle se représentait, il serait équitable d'admettre la demande, car le service des P. T. T., bien qu'il soit un service d'Etat, ne paraît pas devoir être soustrait à la responsabilité qui peut découler de son fonctionnement.

Ce sont les actes de l'état-civil, les registres des conservateurs des hypothèques, les jugements tant civils que criminels, desquels les officiers publics et ministériels qui les détiennent doivent donner copie à tout requérant.

Mais en ce qui concerne les actes véritablement intéressants au point de vue du droit civil, les actes, authentiques ou non, constatant des conventions particulières, il faut bien reconnaître que les théories modernes n'accordent point libéralement l'action *ad exhibendum*, et par là ne facilitent point l'exercice du droit à la preuve.

La raison doit en être cherchée dans cette institution importante qu'on appelle le secret des notaires, dont nous avons eu déjà à parler dans le chapitre précédent. La rigueur toute particulière avec laquelle est conçue cette obligation spéciale des notaires est attestée par de nombreuses décisions judiciaires. Elle tient surtout au rôle de confidents et de conseillers des familles que remplissent ces officiers publics. Les notaires ne peuvent sans ordonnance du tribunal, à peine de dommages-intérêts et de sanctions disciplinaires, délivrer expédition, ni donner connaissance des actes reçus par eux à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritier ou ayant-cause (1). Une seule exception existe au profit des représentants du fisc, et seulement quand ils agissent en vue de contrôler l'application des lois et règlements sur les droits d'enregistrement (2). Même

(1) Civ. Cassation, 17 nov. 1913. D. 14.1.5. V. Récullet, *Le secret professionnel des notaires*, thèse Paris 1905, p. 51 et s.

(2) V. plus loin Ch. IV.

quand les tribunaux ordonnent la communication, ils ne peuvent la faire porter que sur des actes déterminés, les recherches doivent être restreintes à certaines affaires ou à certains clients et les jugements ou arrêts qui ne prendraient pas de mesures pour limiter l'examen aux seuls documents intéressant le litige, sont cassés (1). Ainsi le secret des notaires ne cède que devant un intérêt particulièrement important, et les dispositions prises ont pour but de s'assurer que le tribunal en ordonnant la communication ne s'est pas décidé à la légère. Il faut que, se rendant compte de l'atteinte importante qu'il allait porter au secret, tant privé que professionnel, il n'ait cependant pas hésité à l'ordonner, en considération de l'intérêt particulièrement grave qu'il devait défendre.

Le caractère extraordinaire de cette communication nous apparaît d'autant plus que nous connaissons mieux l'extension du droit au secret; ce droit a permis aux notaires de résister victorieusement aux ordres du Ministre de la justice. Une circulaire ministérielle avait enjoint à ces officiers publics de dresser un extrait de tout acte translatif de propriété reçu par eux, d'y porter toutes les indications nécessaires et de le déposer entre les mains des receveurs d'enregistrement, en vue de faciliter les mutations sur les matrices cadastrales. Un notaire s'y étant refusé, une sanction disciplinaire était

(1) Cass. Req., 17 nov. 1908. *Rép. Not.* 16032; Trib. Toulouse, 15 juillet 1901, *Rép. Not.* 12426; Cass. civ., 12 juin 1899. D. 1901.1.39, et nombreuses autres décisions. Récullet, thèse citée. p. 43 et s..

demandée contre lui. Un arrêt de cassation, du 17 novembre 1913 affirme que « les notaires ne sont pas tenus de se conformer à cette circulaire, et que le fait par eux de se refuser à se conformer à ses prescriptions, ne peut entraîner contre eux l'application des peines disciplinaires » (1).

Le droit au secret professionnel apporte donc une importante restriction à l'exercice de l'action *ad exhibendum* contre des dépositaires publics d'un titre ou document. Il faut que l'intérêt en jeu soit particulièrement important pour que le secret cède, et ce n'est que dans les limites très étroites de la procédure du compulsoire, dont l'idée essentielle est encore le pouvoir absolu d'appréciation des juges, que ce droit peut s'effacer devant un intérêt privé supérieur. Mais, dans ce cas, il y a pour l'officier public une véritable obligation de produire le document qui lui est demandé, obligation autrefois sanctionnée par la contrainte par corps. A ce point de vue il n'était pas inutile d'étudier ce droit spécial à la preuve.

Toutefois il faut remarquer, croyons-nous, que par suite d'une double évolution à la fois juridique et matérielle, ce droit n'a plus de nos jours l'importance qu'il pouvait avoir autrefois. L'évolution juridique vient du Code de procédure qui a restreint notablement les hypothèses dans lesquelles peut intervenir actuellement un compulsoire, par rapport à celles qui existaient dans l'ancien droit ; on ne peut plus procéder que par voie d'incident au procès, alors qu'avant 1807, on pouvait

(1) Civ. Cassation, 17 nov. 1913. D. 1914.1.5; note Binet.

agir par une demande principale et introductive d'instance (1). Par ces dispositions nouvelles on a précisé l'importance de l'intérêt particulier qui doit être en jeu et permettre la dérogation aux principes généraux qu'implique le compulsoire, mais d'un autre côté on a assuré moins efficacement le droit à la preuve qu'on reconnaît grâce à lui aux parties dans un procès. Une évolution matérielle peut aussi être dégagée; autrefois le nombre des actes notariés ou authentiques était proportionnellement bien plus important que de nos jours, cela tient d'ailleurs à plusieurs raisons : commerce juridique moins actif, ignorance générale plus grande, importance de la propriété immobilière pour laquelle les transactions sont toujours plus ralenties, peut-être aussi esprit de chicane plus développé et poussant les individus à s'assurer des preuves préconstituées incontestables. Dans ces conditions le droit à la preuve était bien plus efficacement sanctionné par le compulsoire. Aujourd'hui toutes ces raisons ont disparu, on pourrait même dire qu'elles ont été remplacées par les raisons inverses ; ce ne sont que des rapports de droit très importants qui sont constatés par des actes publics ; le plus grand nombre de preuves produites est constitué désormais par des titres qui échappent à la procédure du compulsoire. Dès lors la loi ne présente point de moyen pour garantir le droit à la preuve, et il faut bien avouer que vis-à-vis des officiers publics, les tendances de la jurisprudence ne sont point favorables à une extension de ce droit.

(1) Glasson, Colmet-Daage et Tissier, *Traité de procédure*, t. 2, n° 1841; Récullet, thèse citée, p. 74 et s.

SECTION II.

*L'obligation d'exhiber un document pesant sur un tiers,
simple particulier.*

La même raison de secret qui interdit le plus souvent la recherche et l'exhibition des documents détenus par les officiers publics se retrouve dans cette seconde hypothèse. Si, ici, le droit au secret n'est plus une obligation professionnelle, c'est un droit plus général d'autant plus respectable qu'il dérive de la liberté des individus, c'est une sorte d'égide qui protège la personnalité. Or on peut atteindre l'homme de deux façons : soit en lui-même dans ses pensées et sentiments intimes, soit dans les choses qui sont autour de lui, qui participent à sa vie et qu'il a marquées de son empreinte. La protection sera donc double : considérée d'un point de vue intellectuel, c'est le droit au secret proprement dit, envisagée d'un point de vue plus matériel, c'est l'inviolabilité du domicile. Ce n'est d'ailleurs que pour la clarté de l'exposé que nous séparerons ces deux conceptions, mais il est bien entendu qu'elles se ramènent toutes deux à l'idée plus générale d'une protection de la liberté individuelle.

Va-t-on pouvoir faire céder ces droits éminents de la personne devant d'autres droits ? Le peut-on même sans détruire l'édifice complexe de la vie sociale ? Au point de vue plus spécial qui nous occupe, peut-on exiger du tiers qui détient une pièce nécessaire à la preuve de notre droit, qu'il produise ce document ? et si l'on

admet qu'on puisse le faire, sur quoi fondera-t-on pour lui cette obligation ?

Il faut reconnaître que la jurisprudence n'est point favorable à cette prétention. En quoi d'ailleurs elle a pratiquement raison, car il apparaît comme particulièrement difficile de faire ici la part des deux droits antagonistes. Quand un individu est totalement étranger à une contestation, pour quelle raison irait-on lui imposer cette charge de fournir des preuves à l'une des parties en cause ? Peu lui importe, dira-t-on, que ce soit l'une ou l'autre qui gagne le procès. C'est la vraie thèse individualiste familièrement formulée dans les mots « Chacun pour soi ». Cependant les Codes français qu'on présente comme l'expression de cette thèse, comportent des institutions qui lui sont manifestement contraires, par exemple le témoignage. Une personne quelconque peut être contrainte de venir déposer oralement comme témoin dans l'enquête civile ; sa comparution est assurée par une contrainte légale, elle doit déclarer tout ce qu'elle sait (art. 262 et s.) sauf le cas de secret professionnel. C'est assurément là quelque chose de contraire à une conception individualiste stricte du droit. Comment se fait-il que ce même témoin ne puisse être contraint à livrer un document utile à la vérité ? Il semble que le but étant le même, la solution doive être semblable (1). En théorie, la critique est fondée, et nous admettons fort bien qu'un tiers puisse être contraint de présenter les documents non confidentiels qu'il détient. Mais comment déterminer ce

(1) Demogue, *Les obligations* (en cours d'impression, t. III, n° 214).

caractère de confiance ? C'est une chose purement abstraite, c'est le secret qu'on confie à une personne et qu'on ne confierait pas à d'autres (1); et ce secret est chose essentiellement fragile que la moindre atteinte détruit. En sorte que la décision de la jurisprudence est surtout pratique ; c'est la difficulté de poser un criterium extérieur qui la domine. Dans quelques cas très rares elle a admis la production forcée ; mais ces décisions n'ont pas eu de suite, car les conditions de fait qui les avaient motivées ne se renouvellent pas dans les procès ordinaires. Au contraire elles ont entraîné un mouvement de réaction dans la doctrine et dans la jurisprudence même ; c'est qu'ici le droit au secret est bien fort et qu'au surplus on ne voit pas bien pour quelles raisons il serait paralysé par l'intérêt, même très puissant, d'un tiers. La comparaison avec ce qui se passe dans la procédure criminelle vient encore renforcer l'argument : il faut l'intérêt social primordial qui s'y trouve en jeu, il faut des dispositions impératives de la loi pour contraindre tout individu à produire les documents, intéressant l'affaire, qu'il détient, et à se soumettre aux perquisitions domiciliaires, la plus grave atteinte qui soit portée aux droits des tiers. Les tribunaux civils, qui sont loin d'avoir les mêmes pouvoirs ne prononcent point d'ordres de ce genre (2), et ils évitent pour cela d'étendre par analogie dans certains cas les règles du témoignage.

(1) Sur la notion de confiance dans les lettres missives, voir Cass. req., 5 fév. 1900, D. 1901.1.45.

(2) Trib. civ. de Tours, 20 juin 1900. D. 1901.2.89, note Legris ; Bordeaux, 29 mars 1887. D. 88.2.261.

Cependant les juges ne sont point hostiles au droit à la preuve résultant des titres et documents détenus par un tiers. S'ils ne se croient pas autorisés à ordonner l'exhibition, quand celle-ci est volontaire, ils ne refusent point la preuve fournie (1). Chacun pour soi, avons-nous dit ; mais cela signifie aussi que chacun prend sa preuve où il la trouve ; et juridiquement aucun texte ne peut empêcher une personne de prouver ses prétentions au moyen d'un document émanant d'un tiers. Cela est particulièrement sensible en matière de lettres missives (2).

Si l'on consulte les décisions judiciaires, il est évident que les juges ne veulent point contraindre les tiers à la production en posant un principe général. Ainsi la communication des livres d'une société commerciale a été refusée à un tiers qui y avait cependant un intérêt évident : Ce tiers, créancier d'un des associés, avait reçu de son débiteur une part dans les bénéfices que celui-ci comptait retirer de la société ; il eût donc été fort avantageux pour lui qu'on lui permit de s'assurer de la réalité des bénéfices (3). Malgré cet inté-

(1) Orléans, 1^{er} août 1895. D. 96.2.311 ; Toulouse, 10 juin 1909. D. 1909.2.293, où la communication est volontairement effectuée sous la menace d'une indemnité pour préjudice du refus. Pour la preuve si délicate de la filiation, v. Cassat. Req. 3 juillet 1850. D. 50.1.209. Req. 8 mars 1880. S. 81.1.32. Req. 26 fév. 1912. D. 13.1.470.

(2) Gény, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, p. 75 et s. Il est notamment certain que les tribunaux favorisent la production en écartant le plus possible la qualité de tiers chez le détenteur de lettres d'autrui. Voir alors *suprà*, chap. 1^{er}.

(3) Paris, 14 janv. 1893. D. 94.2.365, v. aussi Mascé, *Droit commercial*, IV, n^o 2516, p. 368.

rêt particulièrement puissant du tiers, malgré aussi ce fait que l'exhibition demandée ne pouvait nuire à la société, puisqu'on savait dans quel but elle était demandée, le jugement n'admit pas la demande et par là se refusa à poser un principe. Ce n'est que dans des circonstances extrêmement favorables, à raison de considérations de fait, que les juges parviennent à la solution contraire ; cela se produit notamment lorsqu'il s'agit de dol ou de fraude. Un arrêt de la cour de Riom (1) ordonne bien la production de lettres missives dans une contestation entre tiers, mais l'affaire portait sur une fraude ou une spoliation concertée au préjudice de celui qui invoquait les lettres. Un autre arrêt de la Cour de cassation en matière de désaveu d'enfant, autorisait, mais seulement d'une manière implicite, la demande d'exhibition formulée par le mari, et portant sur des lettres écrites par la femme à un tiers (2). Plus récemment un arrêt de Douai refuse la communication de lettres utiles au succès d'une instance (lettres se trouvant aux mains d'un tiers qui les détient légitimement), « surtout, ajoute l'arrêt, lorsque le plaideur n'établit pas qu'il ait sur ce point un intérêt sérieux (3). »

(1) Riom, 8 janv. 1849. S. 49.2.460.

(2) Req. rej., 31 mai 1842. S. 42.1.490.

(3) Douai, 15 déc. 1898. D. 1900.2.420. L'affaire se présentait ainsi : Deux sociétés avaient opéré leur fusion en 1881. Quinze ans après, un actionnaire de l'une d'entre elles, désirant se rendre compte si cette opération avait été régulière, avait demandé communication amiable de différents documents sociaux, et sa demande avait été repoussée par le Conseil d'Administration. Il s'adressa alors à la justice pour obtenir par le moyen d'une véritable action *ad exhibendum* la communication qui lui

Faut-il en conclure que dans la pensée des juges, l'exhibition des lettres eût pu être ordonnée si l'intérêt en jeu avait été plus important ? Il est toujours facile de se servir de fragments de texte pour appuyer une opinion, mais enfin il est certain que la phrase incidente de ce considérant laisse à penser que les idées des juges, lorsqu'ils refusèrent la production demandée, n'avaient rien d'absolu.

En ce qui concerne la preuve du recel des dons manuels, question dans laquelle l'idée de fraude est au premier plan, les tribunaux peuvent autoriser les experts à se faire communiquer tous les documents nécessaires (1) ; ceux-ci doivent en effet s'entourer de tous les renseignements en vue de compléter leurs vérifications personnelles.

Il serait exagéré de voir dans ces décisions éparses de la jurisprudence autre chose que de simples tendances. Nous pouvons en tout cas affirmer qu'un simple intérêt ne suffit pas pour obtenir la communication forcée de la part d'un tiers, il faut qu'à la considération pécuniaire s'ajoute quelque chose, soit un point de vue moral, soit cette idée de fraude ou de dol que nous avons déjà signalée. On se rapproche ainsi de la conception du Code civil allemand qui exige un « intérêt juridique », c'est-à-dire un intérêt basé sur un droit préexistant, et non point sur une prétention ultérieure à soutenir.

avait été refusée. On comprend alors l'importance que prend la phrase de l'arrêt que nous avons citée au texte.

(1) Cass, 1^{er} mars 1921 S. 1921. *Bulletin des Sommaires*, 1.65.

A côté du but personnel poursuivi, il peut en effet y avoir aussi place pour des idées de morale ou de justice; l'action sera alors plus facilement accordée. En matière de divorce, si les juges n'ordonnent point la communication forcée, il est normalement admis que l'on produise en preuve des lettres missives non confidentielles échangées entre un époux et un tiers, sans qu'il y ait même communication volontaire, ce qui se rapproche de notre hypothèse. Il y a là une atteinte au secret des lettres motivée par des nécessités pratiques, et sans lesquelles la preuve serait généralement impossible (1). Dans une autre espèce, les juges ont ordonné l'exhibition d'une lettre destinée à détruire des imputations dommageables à la réputation d'une personne, et ont condamné la partie qui ne s'était pas exécutée à des dommages-intérêts représentatifs du préjudice qu'elle avait ainsi causé (2).

Plutôt que de poser un principe général, en effet, la jurisprudence le plus souvent constate seulement le préjudice causé par le refus d'exhibition, et le punit quand il est démontré. C'est alors par sa sanction qu'on peut déterminer le droit. Le texte général de l'article 1382 civ., trouve application dans ce cas. Ne peut-on d'ailleurs pas dire que les personnes entre lesquelles la faute et le préjudice interviennent, ne sont plus tout-à-fait des tiers les unes pour les autres puisqu'il naît entre elles un rapport légal de droit? Il y a en quelque

(1) Planiol, 7^e édit. t. 1, n^o 1211. — Colin et Capitant, 2^e édit., t. 1, p. 224, v. Dijon, 6 déc. 1909. D. 1913.5.36 et note. L'opinion contraire est soutenue par Huc, t. VIII, n^o 256 bis.

(2) Cass., 22 déc. 1897, *Pand. Franc.* 98.1.509. D. 99.1.85.

sorte une obligation de produire, dont l'accomplissement forcé ne serait peut-être pas obtenu en fait, faute de pouvoir justifier d'un intérêt assez important pour fonder la demande, mais qui se révèle nettement au cas d'inexécution, et qui tombe alors sous le coup des sanctions judiciaires. Ce qui caractérise en effet l'obligation juridique, c'est, en dehors du lien qu'elle établit entre le créancier et le débiteur, la contrainte matérielle dont elle bénéficie pour assurer l'exécution ; ce que certains appellent la « protection-contrainte » (1), marquant à la fois l'aspect passif et l'aspect actif de l'institution. C'est par là que l'obligation diffère des simples devoirs de morale ; or dans la question qui nous occupe, la contrainte n'est pas toujours prononcée, mais la protection existe le plus souvent ; c'est donc, à tout le moins, une obligation presque formée.

C'est en matière de testament que cette obligation de produire est la plus apparente. Nous connaissons déjà l'arrêt de Caen du 17 février 1908, qui impose à un notaire l'obligation d'aviser un légataire des dispositions contenues à son profit dans un testament. D'autres décisions obligent le détenteur d'un testament quel qu'il soit, à le produire sous peine de dommages-intérêts au bénéfice des personnes que son abstention aura lésées. Assurément cette condition de lésion fait entrer dans le problème des éléments qui appartiennent à un tout autre ordre d'idées ; mais il est intéressant de noter cette jurisprudence, qui est bien établie, et peut servir

(1) Picard, *Le Droit pur*, p. 32 et s. *Les constantes du Droit*, p. 20 et s.

de base à une extension éventuelle de l'action *ad exhibendum* (1).

Enfin on peut rapprocher ici l'obligation de se présenter en justice quand on a émis des prétentions qui sont susceptibles de léser autrui, ou de produire les titres sur lesquels on fonde une prétention causant un trouble juridique dans la possession d'autrui ; C'est ce qu'on appelle l'action *ad futurum* et l'action de jactance. Sous le nom d'actions provocatoires ou interrogatoires, ces actions sont actuellement employées par les Allemands. Chez nous leur application est fort discutée ; elle est même généralement refusée par la jurisprudence récente (2). Mais il n'entre pas dans nos vues d'étudier cette question ici ; nous voulions seulement en montrer la connexité avec l'action *ad exhibendum*.

En somme le droit au secret qui appartient à tout individu nous paraît mettre obstacle, dans les faits, à toute action en exhibition de documents dirigée contre un tiers (3). Si certains arrêts ont admis cette action,

(1) Dijon, 25 fév. 1898, S. 99.2.245. Trib. de la Seine 14 janv. 1909, D. 09.5.52. Comp. Req. 14 mars 1905. D. 05.1.270. Trib. de Fontainebleau, 4 janv. 1906. D. 06.5.62. Rapprocher Req. 22 mars 1899. D. 99.1.402.

(2) Trib. de Brignolles, 3 août 1836. S. 1850.2.1 (3^e espèce). Civ. 14 mars 1888. D. 1888.1.417 et les arrêts cités au Dalloz. Table 1897-1797. Vis Action. — Action judiciaire, n^{os} 8 à 12. Voir une note au Sirey 1850.2.1, avec 4 arrêts plus anciens. Il faut remarquer que dans bien des cas, si le dommage causé est susceptible d'être apprécié matériellement, l'art. 1382 civ. trouvera application.

(3) Nous réservons, bien entendu, la question au point de vue des principes généraux. Voir *infra*, 3^e partie. Il ne faut voir ici que des conclusions sur la pratique jurisprudentielle, toujours susceptible d'être modifiée.

ce n'est que d'une manière tout à fait exceptionnelle, et à raison de circonstances de fait spéciales qui ne permettent point jusqu'à présent d'établir une règle générale. Mais, d'une part la production volontaire n'est pas interdite, et d'autre part un refus de production, s'il cause un préjudice matériel ou moral appréciable, peut être sanctionné par des dommages-intérêts. Il est surtout utile de faire ressortir cette dernière condition. Nous avons vu que la doctrine italienne, déclarait que l'exhibition ne pouvait être réclamée d'un tiers à raison d'un simple intérêt, qu'il fallait avoir un droit sur la chose ou le document qu'on réclamait. Dans la jurisprudence française, la sanction du refus de produire se fonde sur l'article 1382 civ., c'est-à-dire en somme sur la lésion d'un simple intérêt pécuniaire ou même moral, lorsque cette lésion cause un dommage. A la vérité, il n'y a point encore là de règle positive absolue, mais la tendance de la jurisprudence est certaine. Peut-être cela amènera-t-il une reconnaissance véritable du droit à la preuve (1), tout au moins lorsque la production demandée ne causera pas de préjudice au tiers de qui on la réclame. Et alors on pourrait vraiment dire que l'adage de la solidarité humaine « *quod mihi prodest et tibi non nocet facile concedendum* » aura pris une valeur juridique.

Il nous reste une seconde question à étudier : celle du droit à la preuve en conflit avec l'inviolabilité du domicile.

(1) V. Req. 23 mars 1899. D. 99.1.402, où il y a préjudice constaté et obligation de le réparer dans le fait de mettre quelqu'un dans l'impossibilité de prouver une prétention.

Merlin dit que le domicile c'est le lieu où quelqu'un fait sa demeure, c'est l'habitation de l'homme (1), l'endroit où généralement sont concentrés toutes ses affections et tous ses intérêts ; empruntant une image au droit maritime, on a pu dire que c'était le « port d'attache » de la personne. Il y a donc dans cette notion du domicile un mélange d'éléments moraux et d'éléments matériels ; la règle de l'inviolabilité du domicile peut être étroitement rattachée aux lois qui garantissent la liberté de chaque individu.

L'hypothèse que nous envisageons peut se décrire ainsi : Il peut se faire qu'une personne ait besoin, pour servir à sa preuve, d'un document, et plus généralement d'un objet, qui se trouve au domicile d'un tiers. A-t-elle un moyen pour se le procurer ? Durant la vie de ce tiers, et si on ne peut pas recourir à la justice criminelle (droit de perquisition), la règle de l'inviolabilité du domicile opposera une barrière absolue ; le juge civil ne sera pas admis à l'enfreindre. Mais au cas de décès la question change d'aspect. C'est alors la délicate question de l'apposition de scellés au domicile d'un tiers.

A la suite d'un décès, les héritiers qui ne trouvent point dans la succession ce qu'ils attendaient, peuvent-ils, s'ils ont lieu de supposer que certaines choses appartenant au défunt se trouvent chez une personne étrangère, requérir l'apposition de scellés chez celle-ci ? Si cela est possible, dans quelles limites doit-on restreindre ce droit exorbitant ? L'intérêt pratique de la

(1) *Répertoire*. V. Domicile.

question est évident, et la facilité avec laquelle de nos jours on admet dans les mœurs les situations fausses, que la rigueur des idées anciennes condamnait au moins à tenir secrètes, est bien faite pour en présenter assez souvent des exemples pratiques.

Les scellés ne peuvent être en principe apposés qu'au domicile personnel du défunt et dans les autres lieux qu'il habitait de son vivant (1). Si l'on craint des détournements, ou que l'on suppose qu'ils ont eu lieu, on a à sa disposition le recours à la justice répressive pour faire poursuivre ce délit. *A priori* on ne voit donc pas comment on pourrait justifier une apposition de scellés au domicile d'une tierce personne, opération qui porte atteinte à la propriété et à l'inviolabilité du domicile. Cependant dans certains cas le recours pénal se montre insuffisant. Aussi la jurisprudence admet que l'on puisse alors requérir l'apposition de scellés chez un tiers, s'il y a lieu de croire que des meubles ou des documents appartenant à la succession se trouvent chez ce tiers. La même idée que nous avons vu faire céder le droit au secret, l'idée de fraude, apparaît dans les décisions judiciaires qui ordonnent les scellés ; il faut qu'il soit nettement articulé contre le tiers un grief de détourne-

(1) Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité de procéd.*, 3^e édit., tome VII (1921), n^o 23, p. 50. Il y a des cas où les scellés doivent obligatoirement être apposés ; c'est notamment après la mort d'une personne dont tous les héritiers ne sont pas présents et majeurs (art. 890 civ.), d'un officier supérieur de l'armée, ou d'une personne que ses fonctions publiques ont pu mettre à même d'être dépositaire de secrets d'Etat, d'un dépositaire public (notaire ou autre possesseur de minutes), d'un agent comptable de l'administration des douanes (*ibid.*, tome IV, n^{os} 132 et s.).

ment ou de recel (1). Dans d'autres hypothèses, l'apposition de scellés est ordonnée pour assurer la conservation des objets et la détermination par l'inventaire de leur véritable propriétaire ; mais il faut alors qu'il y ait eu entre le défunt et le tiers une communauté de fait ou de droit ayant amené la confusion des meubles, ou encore qu'il soit prouvé que le tiers était dépositaire de valeurs successorales (2) ; et dans ces deux cas la prétention se fonde en définitive sur un droit de propriété. Mais en dehors de ces hypothèses, l'apposition de scellés ne sera pas accordée. Vainement soutiendrait-on que ce n'est qu'une mesure conservatoire, elle est susceptible de nuire et de nuire gravement au tiers (3). D'autant plus que les scellés aboutissent normalement à l'inventaire, et qu'admettre dès lors des tiers à procéder à l'inventaire des objets mobiliers et papiers d'un particulier serait autoriser une véritable perquisition civile. Or la perquisition est un mode d'instruction appartenant exclusivement à la justice répressive. Et puis enfin la règle « *Actori incumbit onus probandi* », dont nous ne cherchons ici qu'à déterminer la portée exacte, serait vraiment trop facilement tournée s'il devenait loisible à toute personne d'apposer chez un

(1) Rouen, 9 janv. 1841. Dalloz, *Rép.*, v^o Scellés, n^o 56 et note 1 ; Paris, 26 janv. 1910, S. 11.2.185, note Tissier (arg. *a contrario*) ; Rouen, 13 juin 1914 S. 15.2.55.

(2) Bourges, 17 janv. 1831. D. *Rép.* v^o Scellés, n^o 53, note 2 ; Paris, 15 mars 1872. D. 73.5.413 ; Douai, 30 dec. 1857. S. 58.2.505.

(3) Paris, 26 janv. 1910 et Rouen, 13 juin 1914 déjà cités ; Trib. civ. de Domfront, 25 sept. 1903 ; Journal « Le Droit », 25 oct. 1903. Voir aussi note de M. Hémar, *Rev. trim. de droit civil*, 1910, p. 184.

tiers des scelles dans le but seulement de rechercher des documents susceptibles de fonder ultérieurement une action en réduction. Toutes ces considérations sont fort bien présentées dans un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1910, arrêt qui est célèbre par les personnalités engagées, et dont les solutions ont fait jurisprudence.

Sauf, par conséquent, les cas de revel ou de détournement de valeurs successorales, établis ou fortement présumés contre un tiers, sauf aussi l'hypothèse d'une communauté de mobilier entre le défunt et le tiers, il est impossible d'obtenir l'apposition des scellés au domicile de ce tiers. La règle de l'inviolabilité du domicile nous apparaît ainsi comme une nouvelle limite du droit à la preuve. C'est qu'aussi le moyen employé pour faire valoir le droit dépassait le but à atteindre : c'est tout un mobilier, toute une série de documents, qu'on met sous scellés, puisqu'on dépouille ensuite par l'inventaire. Le préjudice causé au propriétaire n'est pas en rapport avec l'avantage qu'en retire l'autre personne.

Pour nous résumer, en ce qui concerne l'action *ad exhibendum* dirigée contre un tiers, nous pouvons donc dire que la jurisprudence est bien loin d'en admettre l'exercice aussi largement qu'elle nous a paru le faire quand les individus en présence étaient unis par les liens d'un contrat ou d'un procès. Au surplus ces décisions sont équitables, car s'il peut arriver que par elles certaines prétentions restent inutiles faute de preuves, combien de sécurité et de tranquillité ne donnent-elles pas dans les relations sociales ! Il faut cependant se méfier des règles trop absolues : nous avons rencontré

des cas où l'obligation d'exhiber un document était certaine, mais on avait alors invoqué un motif très grave tel que la fraude et le recel. Dans ces cas en effet la justice civile reçoit des pouvoirs qui la rapprochent en quelque manière, de la justice répressive. Cette influence du criminel sur le civil est particulièrement apparue dans une apposition de scellés effectuée au domicile du mari sur la demande de la femme, demanderesse en séparation de corps (1). Elle avait pour but d'assurer la conservation des valeurs de la communauté. Bien qu'en principe l'apposition des scellés ne comporte pas de perquisition, et que le juge de paix qui y procède n'ait pas le droit *a priori* de faire fouiller celui chez qui il opère, ce magistrat reçoit tous ces droits lorsqu'il se trouve en présence d'un détournement manifeste, audacieusement tenté devant lui. Le mari chez qui on instrumentait essayait en effet de s'approprier les titres et valeurs avant qu'on les mit sous scellés, et comme il refusait de les rendre, le juge fut obligé de le faire fouiller. C'est un droit qui n'appartient pas en principe aux magistrats agissant au civil, mais la Cour d'appel et ensuite la Cour de cassation approuvèrent à juste titre la décision du juge de paix. A ce degré la démarcation entre le domaine civil et le domaine criminel est imperceptible ; on passe de l'un à l'autre sans presque s'en apercevoir.

Une dernière question se pose, celle de la sanction que la justice attache à cette obligation d'exhiber un

(1) Paris, 31 juillet 1901. D. 01.2.127 et sur la même affaire, Req. 6 janv. 1903. D. 03.1.16.

document dans les limites où elle l'admet. C'est une question que nous avons déjà en partie résolue, puisque nous avons vu que le plus souvent c'est par sa sanction que le droit a pu être déterminé. L'hésitation de la jurisprudence en cette matière ne nous permet d'ailleurs pas d'affirmer un principe. Quand le tribunal a donné un ordre positif d'exhibition, la situation change, et le refus d'exécuter l'ordre pourrait alors se traduire par une astreinte au bénéfice de l'autre partie ; mais le cas sera très rare.

L'obligation d'exhiber un document, le droit correspondant à cette obligation, en tant qu'ils s'agit d'individus qui sont des « tiers » l'un pour l'autre, paraissent donc fondés jusqu'ici sur le pouvoir des juges et limités suivant leur appréciation. Cependant quelques idées générales semblent guider ceux-ci, soit qu'ils accordent, soit qu'ils rejettent la demande. De la diversité des arrêts nous paraissent ressortir deux situations très différentes :

1° Aucun rapport n'existant entre les deux personnes, celle qui demande l'exhibition n'invoque que son intérêt particulier à la connaissance de tel ou tel document. Dans ce cas la personne à qui la demande est adressée est seule juge de l'opportunité de la production. Le juge ne saurait l'y contraindre et il s'y refuse toujours. Il ne peut y avoir qu'une production volontaire, et l'action *ad exhibendum* échouerait en justice. C'est ici que se marque vraiment la différence entre le droit moderne et le droit romain, qui obligeait les tiers à fournir les documents en leur possession, de la même façon qu'ils pouvaient être contraints de témoigner en justice.

2° Si, au contraire, le demandeur en exhibition allègue, en même temps que son propre intérêt, un délit commis à son préjudice par l'autre partie, par exemple une fraude, un dol, un détournement de valeurs, un adultère, etc..., délit constaté par les documents que détient le tiers, sa demande sera plus facilement admise par le juge. Ici à côté de l'intérêt individuel, il y a un intérêt général qui entre en jeu. Il est avant tout nécessaire de rechercher la vérité et le droit personnel au secret peut dans certains cas céder devant le droit à la preuve dont le caractère est presque social.

Entre ces deux situations extrêmes, il y a place pour une foule de cas qui se rapprochent de l'une ou de l'autre. Suivant les espèces, d'après la plus ou moins grande bonne ou mauvaise foi des parties, d'après le degré d'importance des intérêts en conflit, on se décidera dans un sens ou dans l'autre. Cette pesée délicate des différents droits trouve un instrument parfait dans le juge qui, par delà les articles des Codes, doit veiller à la fois au maintien entre les hommes des idées de morale sans lesquelles une société ne peut exister et à leur conciliation avec les nécessités économiques (1). Une loi n'y parviendrait pas parce que, par essence, une loi est définitive, qu'elle ne peut s'appliquer qu'à des situations générales, sans souci des distinctions et des nuances imposées par les cas d'espèce, et qu'enfin un principe formulé dans un texte obligatoire est toujours considéré comme absolu, très rapidement, alors qu'en notre matière tout est au contraire relatif.

(1) Colson, *Organisme économique et désordre social. La morale et le droit*, p. 301.

APPENDICE.

*La communication des archives et des actes
administratifs.*

Les archives sont des dépôts publics où sont versés tous les documents qui ne présentent plus un intérêt immédiat pour les bureaux administratifs. Il en existe de plusieurs sortes : archives nationales, archives départementales, archives communales, sans compter les archives de certains ministères importants.

La loi principale en la matière est la loi du 7 Messidor An II, article 37 ; il est d'ailleurs intervenu de nombreux décrets et arrêtés qui fixent les modalités actuelles d'application. En principe tout le monde peut obtenir communication des pièces d'archives ; cependant il y a certaines restrictions. D'abord les documents administratifs de moins de 50 ans de date ne peuvent être communiqués sans l'autorisation des ministres qui ont fait le versement ; les documents diplomatiques obéissent à des règles spéciales, encore plus restrictives ; même avec plus de 50 ans de date, les documents confidentiels qui intéressent la personnalité et le rôle des hommes publics encore vivants ne sont pas communiqués ; ils sont réservés jusqu'après la mort de ces personnes. Enfin les papiers des familles encore existantes, provenant de séquestres, et n'ayant qu'un intérêt privé, ne peuvent être communiqués qu'avec l'assentiment de ces familles. La même res-

triction existe pour les documents déposés aux archives départementales.

Le droit de se faire délivrer des expéditions authentiques des pièces d'archives existe au profit de tout intéressé, en ce qui concerne du moins les archives nationales. Pour les archives départementales, il faut une autorisation du secrétaire général de la Préfecture. Mais bien entendu ce droit est soumis aux mêmes restrictions que pour la communication. Ainsi la loi a cherché à sauvegarder le plus possible le droit au secret qui appartient aux personnes que les pièces d'archives peuvent concerner ; mais d'autre part le droit à la preuve est accordé dans une limite qui paraît convenable.

Une question très délicate et plus discutée est celle de la demande en exhibition de documents dirigée contre l'administration publique. Elle ne saurait être traitée tout au long dans un ouvrage qui s'occupe surtout du droit privé ; mais nous ne pouvons cependant pas la laisser complètement de côté. Il faut d'abord bien se rendre compte que les documents administratifs sont le plus souvent soumis à la plus large publicité : affiches, insertions dans les *Bulletins officiels*, etc..., et que dès lors des recherches peuvent être librement entreprises pour les retrouver. Plus difficile est le cas d'un acte qui n'est pas public de sa nature. Par exemple des pourparlers officiels ont été engagés avec l'administration ; comme ils n'ont pas abouti, on arrive à une instance judiciaire : pourra-t-on exiger de l'administration en question qu'elle présente les documents qu'elle peut détenir concernant ces pourparlers ? La réponse affirmative ne nous semble pas douteuse ; ce

serait équitable et logique, car l'administration n'est ici qu'une partie en cause, et doit comme toute partie plaidante contribuer à la manifestation de la vérité. Enfin dans une contestation dirigée contre l'administration, les droits des particuliers sont assez bien défendus par la théorie des recours au Conseil d'Etat, car si les actes dits « de Gouvernement » échappent à cette juridiction, leur liste en est peu nombreuse, et celle au contraire des actes proprement administratifs, soumis aux recours, s'étend chaque jour. Il en est ainsi notamment en matière de responsabilité de l'Etat, du département, des communes ou des établissements publics.

CHAPITRE III.

Communication d'une procédure criminelle au cours d'une instance civile.

Nous avons réservé pour l'étudier spécialement la question d'une demande d'exhibition de documents, dirigée contre la justice, à l'effet de faire servir à la preuve d'un procès civil les documents rassemblés au cours d'une instruction criminelle. Il était impossible de traiter ce problème en même temps que les précédents, car il met en jeu des idées et des principes différents, ce qui impose des solutions assez éloignées de celles que nous venons de rencontrer.

L'intérêt de la question est grand ; d'une part en effet,

le juge d'instruction agissant au nom de la puissance publique, dispose de pouvoirs infiniment plus étendus que ceux qui appartiennent à un simple particulier, et peut ainsi réunir bien des preuves qu'un individu isolé ne peut songer à se procurer ; d'autre part ces actes qui ont été reçus ou certifiés par des magistrats ont une valeur particulièrement grande pour la preuve, puisqu'ils sont revêtus du caractère d'authenticité, et très difficilement contestables. Il apparaît donc comme particulièrement utile pour les particuliers de pouvoir se référer aux pièces d'une instruction criminelle, quand ils espèrent y trouver un renseignement à l'appui de leurs prétentions (1).

Mais une grave difficulté s'élève : la justice répressive est à proprement parler un « tiers » pour le plaideur au civil, et nous savons que vis-à-vis des tiers l'action en exhibition est admise dans des limites fort restreintes. Pour quelles raisons en effet l'intérêt particulier d'un individu obligerait-il les juges à lui communiquer les actes d'une instruction criminelle ? Cette instruction a été faite en vue de déterminer une question de culpabilité, elle n'a pas d'autre but. Et cela est d'autant plus certain que si l'affaire qui motive la demande du particulier devant la justice civile est

(1) Nous traitons ici de la communication au cours d'une instance civile. C'est le cas normal, mais on peut concevoir des hypothèses où il n'est pas nécessaire qu'il y ait procès au civil. Ainsi une reconnaissance d'enfant naturel peut avoir lieu par déclaration devant un juge d'instruction. Il sera intéressant pour l'enfant ainsi reconnu de se procurer la preuve de sa filiation. Il nous paraît impossible de lui refuser l'action *ad exhibendum* dans ce cas,

absolument liée à l'affaire criminelle, si l'infraction commise a lésé ses intérêts, il lui est loisible de se porter partie civile.

La constitution de partie civile permet à un individu de profiter de l'instruction criminelle, c'est vrai ; mais elle ne peut servir dans tous les cas et notamment quand ce n'est que postérieurement à l'affaire criminelle qu'on découvre le besoin d'une preuve. Dès lors la question que nous aurons à résoudre, ou tout au moins à élucider, est ainsi posée : Est-ce qu'une personne engagée dans une instance civile, peut obtenir, pour faire sa preuve, communications des pièces d'une procédure criminelle, en cours ou terminée ? Peut-elle l'exiger ? Les juges civils ont-ils le pouvoir, en autorisant cette demande, de donner des ordres aux magistrats de la justice criminelle ? Selon la plus ou moins grande facilité avec laquelle on admettra cette prétention, il y aura un droit à la preuve plus ou moins affirmé, et cela justifie les recherches que nous nous proposons de faire.

Toutefois avant de répondre à ces questions, il paraît utile de dire quelques mots sur la force probante du moyen de preuve ainsi fourni. Nous avons évité jusqu'ici de parler de la force probante des moyens de preuve parce que cette question nous aurait entraînés hors de notre sujet, et qu'au surplus, s'agissant de titres ou documents écrits qui concernent un rapport de droit privé, la question était suffisamment expliquée par les textes des Codes, les commentaires qui en ont été faits et les ouvrages plus récents, lorsqu'il s'agit d'instruments que les Codes n'ont pas prévus. Ici, au contraire, il est assez intéressant de savoir dans quelles

catégories nous devons ranger les actes qui nous intéressent, car cela nous permettra de mesurer le degré d'utilité que peut présenter cette production.

Il est un point déjà acquis en doctrine et en jurisprudence, c'est que les interrogatoires subis par un individu dans une instance criminelle, soit comme prévenu, soit comme témoin, peuvent servir contre lui de commencement de preuve par écrit, autorisant dès lors l'admission de la preuve testimoniale. Mais il faut dans ce cas que l'instance civile se déroule entre deux personnes dont l'une au moins, sinon les deux, ont été parties à l'instance criminelle dont il est question ; le plus souvent la règle s'applique dans des conditions telles qu'on ne peut réellement y trouver l'exercice d'une action *ad exhibendum*.

La question de savoir si un acte de la procédure criminelle peut servir de preuve complète au civil est plus délicate. En règle générale la réponse est négative. La procédure civile est dominée par cette idée que les pièces produites par les parties doivent être discutées contradictoirement : C'est là le fondement des articles 188 et suivants du C. de procédure civile sur la communication de pièces. Les règles du même Code en ce qui concerne les enquêtes ou les interrogatoires diffèrent sensiblement de celles que, sur semblables matières, posent les articles du Code d'instruction criminelle ; au point de vue du débat contradictoire en effet, les témoignages en matière criminelle sont secrets, ils n'ont pas lieu devant le prévenu, sauf lors des débats oraux ; mais ceux-ci ne laissent point de traces dans la procédure écrite, et par conséquent ne peuvent pas servir pour fonder une action *ad exhibendum*. En sorte

que rarement les actes d'une instruction criminelle rempliront toutes les conditions nécessaires pour pouvoir être utilisés en matière civile comme preuve complète. Toutefois ils pourront toujours être fort avantageusement présentés comme base de présomptions, et dans ce rôle très général, ils sont susceptibles de rendre de grands services à la cause du plaideur, surtout quand l'acte invoqué présentera la constatation d'un fait précis. Ainsi, qu'ils ne servent qu'à appuyer des présomptions plus ou moins graves, ou qu'ils constituent des éléments particuliers de preuve, les actes et documents contenus dans un dossier criminel seront d'un précieux appui pour les prétentions individuelles des plaideurs au civil.

Mais alors une autre idée entre en jeu : c'est celle du secret de l'instruction, secret rigoureusement conservé par les traditions et qui n'a fléchi que vis-à-vis du prévenu ou de la partie civile (1), et non vis-à-vis des tiers, au moins en principe. L'instruction en effet a pour but d'établir la culpabilité du prévenu ; tous les renseignements qu'elle réunit sont susceptibles de porter atteinte à son honneur, à sa liberté ou à sa vie ; c'est seulement à raison de l'intérêt social primordial qui est en jeu dans la répression, que le juge d'instruction reçoit les pouvoirs si étendus qu'on connaît. Or s'il faut un motif aussi puissant que l'intérêt éminent de la société pour faire admettre une dérogation aux

(1) Lois de 1897 et de 1921. Voir *infra*, sur ces deux lois. En ce qui concerne la loi de 1921, V. *Lois Nouvelles*, 1921, 1^{re} partie, p. 195.

principes fondamentaux de la liberté individuelle, on ne voit pas pourquoi il serait admis que les résultats recueillis puissent être communiqués à d'autres personnes à raison d'intérêts privés même fort importants.

Toutefois parmi les divers actes de la procédure, il faut faire une distinction. Certains sont, de par leur nature même, destinés à devenir publics, certains autres conservent au contraire toujours leur caractère secret. Sous trois numéros différents nous étudierons la communication : 1° des jugements et arrêts lus en audience publique ; 2° des pièces d'une instruction lorsque celle-ci est encore en cours ; 3° des pièces d'une instruction clôturée.

I. — En ce qui concerne les jugements et les arrêts, il semble que tout intéressé puisse s'en procurer le texte intégral et authentique à sa volonté. L'article 885 du C. de procédure civile pose un principe aussi large que général, aux termes duquel : « les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts. » En effet les greffiers détiennent les registres des jugements criminels comme ceux des jugements civils, et la loi ne fait pas de différences entre ces documents. Tout ce qui est inscrit sur le registre public doit pouvoir être délivré sans aucune autorisation, sans quoi l'on ne saurait véritablement parler de la publicité de ce registre. De plus l'article 885 est général aussi à raison de ce fait que le Code de procédure édicte seul les obligations des greffiers à ce

sujet, et qu'en l'absence d'autres textes, c'est là qu'on doit chercher le droit commun. Aussi bien est-il logique d'admettre la solution qu'il présente : ce qui est lu en audience publique est porté à la connaissance de tous ; on ne peut plus parler de secret. Tout le monde a le droit d'entrer au Palais pour entendre le jugement, et le défaut de publicité de l'audience au moment du prononcé du jugement serait une ouverture à cassation. Quelque favorable au prévenu que l'on soit, ou que l'on ait voulu être, on n'a pas osé toucher à la publicité des jugements, car on sait bien qu'elle représente la meilleure assurance que l'on puisse avoir contre l'arbitraire. Cela implique d'une façon nécessaire le droit d'obtenir copie du jugement. De plus les décisions criminelles ont une autorité absolue, elles valent vis-à-vis de tout le monde, ayant été rendues, peut-on dire, entre l'accusé et le Ministère public, représentant la société. Celui qui pourrait se les voir opposer, doit pouvoir à son tour en tirer argument, car le principe essentiel de la justice est de maintenir l'équilibre et l'harmonie entre les prétentions opposées. Enfin, un texte indique bien cette faculté reconnue à toute personne de se faire délivrer copie du jugement ou de l'arrêt utile à ses intérêts. Il s'agit de l'article 63 du décret du 5 octobre 1920, portant règlement d'administration publique sur les frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. Ce texte est ainsi conçu : « En matière criminelle, correctionnelle et de simple police, aucune expédition, autre que celle des arrêts et jugements définitifs, ne peut être délivrée à un tiers, sans une autorisation du Procureur général. »

On peut voir dans cette disposition nouvelle (qui ne

figurait pas dans le décret du 18 juin 1811 sur la même matière), une réaction contre une tendance qui s'était manifestée dans la pratique de ces dernières années. Certains greffiers exigeaient, pour délivrer copie de ces décisions, qu'on leur présentât une autorisation du Procureur général (1). Leur prétention était en contradiction formelle avec le texte du Code de procédure civile, et même les instructions ministérielles en vigueur. Mais une circulaire ministérielle du 26 janvier 1909 avait consacré cette thèse, et refusait aux tiers le droit de se faire délivrer directement copie des jugements rendus en matière pénale, en prenant pour base des considérations tirées de la loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire. Partant de cette idée que le Bulletin n° 3 ne doit jamais être délivré aux tiers, parce qu'il contient mention des différentes condamnations, on en déduit l'interdiction légale de délivrer le texte complet de ces condamnations. Il y avait là une erreur évidente d'interprétation, car on ne peut raisonnablement assimiler les deux cas. Autoriser la délivrance d'une pièce qui établit tous les antécédents judiciaires d'un individu, serait peut-être permettre à des intentions malveillantes de se donner libre cours ; il n'en est pas de même quand il s'agit d'obtenir copie d'un jugement ou

(1) Voir *Gazette des tribunaux*, 1^{er} avril 1899, exposé des raisons invoquées par les greffiers, et solution de l'affaire après dépêche ministérielle du 26 janv. 1909 dans un jugement du trib. de Nice, 19 mai 1909. D. 1910.2.169. La question est bien exposée dans Perreau, *De l'affichage des décisions judiciaires*, thèse Paris, 1921, p. 106 et suiv. Voir aussi Gazin, *De la publicité de la justice criminelle*.

d'un arrêt rendu publiquement, décisions dont les différents journaux ont parlé et dont la connaissance qu'il en a, indique l'intérêt qu'y attache le réclamant. De plus la loi de 1899 est toute spéciale ; c'est une exception à la publicité, et c'est précisément parce que l'article 853 du C. pr. civ. s'appliquait qu'on dut soustraire le casier judiciaire à son domaine ; l'interprétation de la loi doit être très stricte. La circulaire ministérielle de 1909 faisait erreur, et c'est à juste titre que le décret de 1920 a abrogé ses dispositions.

Cette circulaire s'inspirait visiblement, d'ailleurs, du courant d'opinion qui tendait à favoriser les condamnés et à leur éviter l'aggravation de peine que représente la publicité intensive donnée par la presse moderne aux jugements (1), surtout aux jugements criminels. L'idée en est juste. Mais quelles difficultés ne soulève-t-elle pas dans son application ? D'abord elle confond la publicité pure et simple, avec la publicité imposée à titre de peine. Pour la première il y a un texte formel, l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, qui déclare que les jugements pourront toujours être publiés. Et puis on ne voit pas trop de quel côté le danger est le plus grave : est-ce du côté de la publicité, qui porte atteinte à la personne du délinquant, mais cependant ne fait pas connaître autre chose que ce qui est ? n'est-il pas plus grave au contraire dans le sens opposé, si, en supprimant partiellement la publicité des quelques actes de la procédure criminelle qui étaient

(1) Sur la manière d'utiliser la Presse v. Gross. *Manuel pratique d'Inst. judiciaire*, t. 1, ch. VI.

réellement publics, on court volontairement le risque de retomber dans cette procédure secrète qu'on a tant et à juste titre critiquée ? Enfin, une raison juridique vient corroborer cette opinion : Par l'effet de la lecture publique, le jugement ou l'arrêt définitifs sont devenus en quelque sorte la propriété de tout le monde. Dès lors il n'est pas admissible que les officiers publics qui sont dépositaires de ces actes n'en délivrent pas copie à tout requérant, quel qu'il soit. La question d'ailleurs paraît définitivement tranchée en ce sens par l'article 65 du décret de 1920 que nous avons cité plus haut ; c'est la seule solution qui soit satisfaisante.

Un tiers pourra donc se procurer, sur sa simple demande, copie d'une décision criminelle, correctionnelle ou de simple police, qui serait utile à sa preuve en matière civile.

II. Mais les jugements ou arrêts définitifs ne représentent qu'une très faible partie de la procédure criminelle. Il y a de nombreuses pièces qui ont été réunies au cours de l'instruction, et qui pourraient rendre de grands services dans une instance civile. Pourra-t-on en obtenir communication ?

On a surtout étudié à ce sujet la question de savoir quelle autorité les décisions de la justice criminelle pouvaient avoir au civil et si les juges civils étaient liés par les décisions rendues par les juridictions d'instruction. Cette controverse porte surtout sur les ordonnances et arrêts de non-lieu, les plus intéressantes, parce qu'elles terminent une instruction et donnent une appréciation des faits de la cause.

Mais ce qu'on a moins déterminé, c'est le point par-

ticulier de savoir si l'on peut directement obtenir communication de ces ordonnances ou arrêts (1), et des pièces sur lesquelles ils s'appuient.

Dans une affaire assez ancienne, terminée par un arrêt de cassation du 17 juin 1834, la solution a été négative. L'arrêt est précédé du réquisitoire du procureur général Dupin, qui requiert la cassation, dans l'intérêt de la loi, d'un jugement du tribunal civil de Péronne, lequel avait ordonné semblable communication. Pour faire la preuve d'un droit de propriété immobilière, l'une des parties avait demandé, et le tribunal l'avait autorisée, à procéder à un compulsoire dans les pièces d'une instruction criminelle où son adversaire avait été entendu comme témoin (2). Mais la procédure criminelle dont il s'agissait était une procédure secrète, puisqu'elle avait été terminée par une simple ordonnance de non-lieu. C'était là le gros grief qu'on pouvait faire à la décision du tribunal ; le procureur général

(1) Il est un cas particulier dans lequel la publicité du non-lieu est nécessaire, c'est pour l'inculpé qu'il serait utile que la publicité soit réalisée. Le juge d'instruction, quand il rend une ordonnance de non-lieu, fait un acte de juridiction. Et puis il est indispensable que celui qui est ainsi renvoyé puisse se procurer directement la preuve de son innocence. Le décret de 1920 le prévoit en matière correctionnelle et de simple police, mais il ne dit rien en matière criminelle alors que c'est là que l'atteinte à l'honneur est le plus grave. C'est certainement une lacune. Voir E. Jamais, *Des droits et garanties de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire*, thèse, Paris. 1881, p. 220. Bien que les dispositions légales aient changé depuis lors, les opinions exprimées dans cette thèse sont toujours vraies.

(2) Voir cette affaire et le réquisitoire du Procureur général. Civ. Cassation, 17 juin 1834. S. 34.1.629.

Dupin, justement soucieux de sauvegarder l'autonomie de la justice criminelle, soutint avec vigueur la thèse du secret de l'instruction. Voici quelques-uns des termes employés par lui : « Le secret des procédures criminelles, tant qu'il n'y a pas eu mise en accusation, est prescrit à la fois dans l'intérêt de l'action publique et dans celui des parties qui ont pu être l'objet de préventions non justifiées. Le pouvoir que s'est arrogé le tribunal de Péronne est de nature à compromettre l'un et l'autre intérêt. Un pareil pouvoir aurait pour effet de contraindre la juridiction criminelle à livrer aux tribunaux civils les actes d'informations qui sont encore pendantes, ou qui n'étant suspendues que par une ordonnance de non-lieu, peuvent être reprises postérieurement. Ces actes d'informations se trouveraient ainsi livrés à une publicité prématurée, soumis à une controverse, à des débats, à des formes et à des juges étrangers à l'affaire criminelle qu'ils concernent. » Dans un arrêt postérieur, le Procureur général Dupin, affirme encore la théorie du secret absolu de l'instruction (1).

A la vérité, dans la jurisprudence contemporaine des arrêts que nous venons de citer, il y avait bien eu quelques décisions indiquant une conception en partie différente. Dans une affaire en révocation de testament pour cause d'ingratitude du légataire, à raison de sévices et injures graves commis par lui contre le défunt ; dans une autre affaire où il s'agissait de dol et de fraude, émanant d'un failli, et dont la preuve devait être fournie par les faits établis dans une enquête sur

(1) Crim. Cass. 10 déc. 1847. D. 1848.1.20.

une banqueroute frauduleuse terminée par un non-lieu, la cour de cassation avait admis que les juges civils pouvaient valablement se fonder sur le dossier criminel. Peut-être d'ailleurs la différence de ces dispositions avec celles des arrêts cités plus haut, tient-elle plutôt à une question de circonstances qu'à une question de principe : Si l'on a admis la preuve dans ces deux derniers cas, c'est à raison de l'idée de fraude ou de délit qui était à la base de la demande principale (1), si on l'a refusée absolument dans l'arrêt de 1834 rendu à la requête du Procureur général Dupin, c'est au contraire parce qu'il n'y avait pas de relation, de connexité entre l'objet même de l'instance civile, et les déclarations du témoin, au criminel, dont on prétendait se faire une preuve.

Quoi qu'il en soit, les opinions actuelles ne sont plus aussi rigoureuses que celles du Procureur général Dupin. Le 6 janvier 1893, la Chambre criminelle de la Cour de cassation (2) déclarait que si la procédure doit rester secrète d'après les articles 302 et suivant du C. inst. crim., cette disposition n'est pas prescrite à peine de nullité. Il s'agissait en l'espèce de la délivrance, à un tiers étranger à l'affaire, d'une copie officielle du dossier de la procédure. Ce tiers ne faisait cette demande qu'en vue de se porter partie civile ; la cour valida la communication. Il reste cependant ceci de commun entre les décisions anciennes et la nouvelle, que la commu-

(1) Voir ces deux espèces dans Dalloz. *Rép.* v. Chose jugée, n° 597.

(2) Cass. Crim. 6 janv. 1893. D. 93.1.102, avec note de M. Sarrut.

nication doit être accordée par le Procureur général, ou le Président de la Cour d'assises, et qu'elle ne peut pas être exigée par le demandeur. L'arrêt de 1893 est accompagné d'une note de M. Sarrut, de laquelle nous extrayons les passages suivants : « Si ni l'accusé ni la partie civile, ni un tiers étranger au procès ne sont en droit d'exiger la communication du dossier avant qu'il ait été procédé par le Président de la cour d'assises à l'interrogatoire de l'accusé (1), du moins cette communication peut être accordée en tout état de cause et à quiconque ; en tout état de cause, c'est-à-dire pendant le cours de l'instruction et des débats, avant comme après l'interrogatoire ; à quiconque, c'est-à-dire, non seulement à l'accusé, mais même encore à un tiers qui déclare se porter partie civile, ou même à un tiers qui devra rester complètement en dehors du procès ». Il est toutefois une objection souvent soulevée en cette matière, c'est celle fondée sur l'article 38 de la loi du 29 juillet 1884 sur la presse. On déclare que puisque cette loi interdit la publication « des actes d'accusation et de tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique », toute communication de ces mêmes actes doit être interdite dans les mêmes conditions. Mais communication et publication sont deux choses différentes : il est de l'essence d'une communication d'être

(1) Sur ce point les droits de la défense et ceux de la partie civile ont été considérablement améliorés par les lois du 8 déc. 1897 et du 22 mars 1921 qui prescrivent la communication de toute la procédure aux conseils de l'inculpé et de la partie civile.

limitée à un certain nombre de personnes, tandis qu'une publication saisit la foule et peut créer un mouvement d'opinion, et c'est là le seul danger que l'on redoute. La question est d'ailleurs encore tranchée par les articles 64 et 65 du décret du 5 octobre 1920 qui reconnaissent le droit d'obtenir communication de toutes pièces, avec une autorisation du Procureur général.

Ce texte a l'avantage de rendre légales les pratiques suivies dans certains Parquets, notamment celui de la Seine (1), dans lequel le procureur général autorisait des communications à la victime d'un délit, bien qu'elle ne se fût pas constituée partie civile. Cet usage avait été critiqué comme illégal. Le même usage, s'appliquant à la partie civile constituée, bien qu'il dût paraître plus facilement admissible, était aussi considéré comme illégal, car il paraissait contraire à la loi de 1897 ; mais sur ce dernier point, les pratiques antérieures ont été définitivement consacrées avec la loi récente du 22 mars 1921 (2).

Toute personne, par conséquent pourra obtenir com-

(1) Gazin, *op. cit.*, page 16. — G. Le Poittevin, *De la communication des procéd. crim. ou correct.* Journal des Parquets, 1893, p. 57.

(2) Le Poittevin, *ibidem.*, 1893, cite les paroles du Procureur général à Paris en 1875 : «...une personne blessée par suite d'un accident veut savoir quelle part de responsabilité incombe à l'auteur de l'accident, dans le but d'obtenir contre lui une condamnation à des dommages-intérêts ; s'il y a procédure criminelle, elle en demande communication, et cette communication lui est généralement accordée ». L'auteur conclut que cet usage, bien que constant, est contraire à la loi. Il faudrait, dit-il, étendre les droits du Procureur général prévus à l'art 56 du décret de 1811.

munication d'une procédure criminelle, pourvu que cette communication soit autorisée par le Procureur général. La nécessité de cette autorisation, si celle-ci est accordée lorsque les circonstances le demanderont, c'est-à-dire après un examen sérieux de toute la question, paraît, pour le moment établir une harmonie suffisante entre les intérêts divergents en présence et doit être approuvée, puisque la justice est essentiellement un équilibre à maintenir. Cependant, cela peut présenter un certain danger, comme toute mesure d'autorité : le danger de l'arbitraire.

Il semble que l'on ait voulu pallier en partie ce danger par la disposition qui termine l'article 63 précité : « Dans les cas prévus par le présent article (communication demandée par un tiers) et par l'article précédent (communication demandée par les parties) si l'autorisation n'est pas accordée, le Procureur général doit notifier sa décision en la forme administrative et faire connaître les motifs de son refus ». Seulement on ne voit pas trop comment on obtiendra le respect de cette disposition. Que se passera-t-il si le chef du Parquet ne répond pas ? On ne peut appliquer ici les dispositions de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 en ce qui concerne le silence de l'administration ; cette loi n'est applicable que dans le domaine administratif et ne vise

Cette opinion a été suivie dans le nouveau décret de 1920. — Sur ce décret v. Sirey, lois annotées, 1921, p. 205 et, en note, extrait du rapport de M. Veber à la Chambre des députés. V. aussi Faustin-Hélie et Depeiges, *Pratique crim.*, (3^e édit. 1920), t. I, n° 237, p. 151, sur la pratique antérieure.

pas l'autorité judiciaire proprement dite. A raison de la nouveauté de la question, au moins sur le terrain légal sur lequel elle est maintenant placée, c'est à la jurisprudence nouvelle qu'il appartiendra de résoudre ces difficultés. De même sur la mesure de cette obligation : comment se décidera le Procureur général ? Il faudra certainement justifier d'un intérêt sérieux pour obtenir la communication ; mais quel en sera le degré ? Faudra-t-il qu'il y ait une relation très certaine, une connexité entre le fait de l'infraction, objet de la procédure criminelle, et l'intérêt privé objet de l'instance au civil ?

Une chose paraît d'ailleurs certaine, c'est que les Parquets se refusent à l'heure actuelle à recevoir sur ce point des ordres émanant des juges ; ils veulent conserver leur indépendance de décision. Nous doutons même qu'avant longtemps ils cèdent à ce sujet ; aussi n'apercevons-nous guère de moyens de contrôle sur les décisions de refus provenant du Procureur général.

III. Toutes les questions précédentes se rapportent en général, aux procédures en cours, c'est alors en effet qu'apparaît particulièrement la nécessité du secret de l'instruction. C'est aussi pour les instructions en cours que les articles 305 du Code d'instruction criminelle, et 64 et 65 du décret du 5 octobre 1920 sont écrits. C'est enfin dans les instructions en cours seulement que l'on peut dire que les juges n'ont point d'ordres à donner au Procureur général, puisque c'est alors seulement que les instructions dépendent de lui.

Mais que se passera-t-il lorsque la demande de communication de pièces portera sur une instruction déjà

clôturée ? Il semble qu'ici il faille distinguer encore une fois de quelle façon les instructions ont été clôturées : l'ont-elles été définitivement par un jugement ? ou bien ne sont-elles terminées que par un non-lieu, restant dès lors susceptibles d'être reprises ultérieurement ? Dans ce dernier cas nous avons vu la décision donnée par la Cour de cassation cassant un jugement du tribunal de Péronne. Plus récemment la Cour de Rennes (1) a décidé encore que la communication dépendait uniquement du Procureur général, qui demeure seul juge de l'accorder ou de la refuser ; il s'agissait d'une enquête officieuse du Parquet, c'est-à-dire en somme de simples renseignements relevés sur un individu. Aucune procédure véritable n'avait été ouverte ; on ne se trouvait donc nullement dans les conditions des lois et décrets que nous avons étudiés ci-dessus. Mais la décision est intéressante à signaler comme manifestation des tendances actuelles des magistrats des Parquets.

Au contraire, quand l'instruction criminelle est terminée par une décision de justice, la procédure est déposée au greffe ; c'est alors au greffier que les juges s'adressent et donnent des ordres (2). Un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 12 mars 1907, a admis cette thèse et a ordonné un compulsoire dans les pièces d'une procédure criminelle terminée, se trouvant aux mains

(1) Rennes, 5 fév. 1920 ; *Gaz. des Trib.*, 1920.2.236. V. *Revue trim. de Dr. civ.*, 1921, p. 256, critiquant partiellement cette décision.

(2) Le Poittevin, *loc. cit.*, p. 56 : « ... Les pouvoirs du juge civil ne comportent aucune restriction quand il s'agit d'une procédure terminée par un arrêt définitif de Cour d'assises » ; même opinion, p. 57, pour les jugements ou arrêts correctionnels,

du greffier, son dépositaire légal (1). L'affaire se présentait ainsi : la plaignante faisait appel d'un jugement qui l'avait condamnée à payer à l'autre partie une somme déterminée représentant une dette contractée solidairement avec son mari (lequel était décédé en cours d'instance). Cet engagement résultait pour elle d'un acte sur lequel elle déniait sa signature. Arguant alors d'une condamnation criminelle prononcée pour faux contre son mari, elle demandait communication, par voie de compulsoire, d'un rapport d'expert dressé au cours de l'instruction criminelle qui avait abouti à cette condamnation, affirmant que de ce rapport ressortirait la preuve formelle du faux et de l'inexistence de son obligation. La Cour estima qu'il y avait lieu de faire droit à cette demande. En effet tous les éléments du compulsoire se trouvaient réunis : il y avait à la fois intérêt sérieux affirmé par l'instance même à laquelle cette demande était incidente, pièce authentique déposée chez un dépositaire public, utilité et pertinence de la preuve demandée. Ce qu'il y a de curieux, c'est que la Cour ajoute même un élément nouveau (2) : « il appartient, dit-elle, aux tribunaux saisis du litige principal, d'apprécier si la communication peut être ordonnée eu égard aux exigences de l'ordre public et aux nécessités de l'instance pendante ; en l'espèce il ne paraît pas y avoir inconvénient, et il y a au point de vue de l'instance

(1) Bordeaux, 12 mars 1907. D. 08.2. 57.

(2) Ce n'est pas à vrai dire un élément nouveau, c'est une importance particulière donnée à cette question d'appréciation qui est présente dans toute décision autorisant un compulsoire.

pendante utilité incontestable à accorder la communication demandée ».

Considérons maintenant une autre hypothèse : le procès civil se déroule entre deux plaideurs dont l'un a été antérieurement l'objet d'une instruction criminelle, à la suite d'une plainte déposée contre lui ; l'autre partie demande communication de cette procédure, à laquelle elle est restée étrangère, en vue de faire sa preuve. Le peut-elle sans le consentement du principal intéressé contre lequel elle plaide ? Il semble que non, le secret de l'instruction protège à la fois les intérêts de la justice et ceux des inculpés. L'autorisation du Procureur général est nécessaire à raison des intérêts publics en jeu ; le consentement de l'inculpé doit l'être en ce qui concerne ses intérêts personnels. C'est la décision à laquelle parviennent de nombreux arrêts : il faut que la procédure ait été communiquée aux juges, du consentement de la partie qui avait intérêt à la garder secrète (1). Mais n'aura-t-on contre cette partie aucun moyen de contrainte ? Lorsque la partie ne donne pas son consentement on admet qu'il dépende du Procureur général d'autoriser ou non la communication. On substitue donc dans l'appréciation de ces intérêts personnels, le représentant de la société à l'individu lui-même. C'est là une opinion curieuse et qui témoigne bien des tendances des Parquets. Mais elle nous paraît critiquable en ce sens que l'on ne voit pas pourquoi la décision n'appartient

(1) Civ., 29 juillet 1903. D. 03.1.448. Voir aussi S. 04.2.142 ; Dalloz, *Nouveau Code de proc. civ. annoté*, art. 846, n^{os} 30 et s. (4^e tome, 1922).

pas au juge, chargé de l'affaire civile. Pourquoi cette introduction du Procureur général, dans l'affaire? Alors surtout que ce fonctionnaire dépend étroitement du Gouvernement! En tout cas il est à remarquer que le consentement de la partie n'est pas obligatoirement exprimé en termes formels. Lorsqu'une personne, dans un interrogatoire sur faits et articles, a déclaré confirmer les dépositions faites par elle devant le juge d'instruction dans une affaire antérieure, cette déclaration est considérée comme un consentement exprès, et la partie qui l'a faite ne peut plus s'opposer à la communication du dossier de la procédure criminelle (1).

Cette question de la communication d'une instruction criminelle au cours d'une instance civile, doit donc d'après les arrêts être résolue par une série de distinctions. S'agit-il de la communication d'une instruction en cours, ou d'une simple enquête officieuse, la communication n'en pourra être obtenue qu'avec une autorisation du Procureur général, et les juges civils ne peuvent donner à ce sujet aucun ordre au Parquet. S'agit-il au contraire d'une instruction criminelle clôturée par un jugement et déposée au greffe, le tribunal peut ordonner un compulsoire, lorsqu'il lui paraîtra que les conditions légales en sont remplies.

Ainsi la demande en exhibition d'un document, dirigée contre la justice, obéit à des règles spéciales. Peut-on même parler d'action *ad exhibendum*, quand

(1) Rouen, 24 mars 1900. D. 1900.2.439. Rapprocher en matière commerciale. Bordeaux, 31 oct. 1899, D. 1900.2.180.

il ne s'agit pas d'un moyen judiciaire susceptible de s'exécuter toujours par la contrainte ? Assurément le mot est trop fort et donne une trop grande portée à ce qui n'est qu'une simple demande susceptible d'être rejetée. Déjà lorsque la demande s'adressait à une tierce personne, nous avons vu que les pouvoirs des juges étaient limités ; ce n'était que dans des cas exceptionnels de fraude ou de dol que ceux-ci se croyaient autorisés à forcer le secret des correspondances ou celui du domicile. Ici nouvelle limitation, encore plus importante : aux prérogatives des individus s'ajoute un intérêt social primordial, caractérisé par le secret de l'instruction.

Cependant on peut relever une tendance moderne à limiter le secret de l'instruction et les droits du Parquet. La loi de 1897 pour le prévenu, celle de 1921 pour la partie civile, le décret de 1920 pour les tiers, contèrent des droits que les Codes et lois antérieurs n'admettaient certainement pas. Si le souci de rechercher la vérité devient, comme on tend de plus en plus à l'admettre, prédominant dans les instances civiles, il faudra bien aller plus loin encore que les décisions récentes. Actuellement on a institué une certaine limitation à l'arbitraire absolu en obligeant le Procureur général à répondre aux demandes de communication qu'il rejette et à donner les raisons du refus. De même depuis une loi de 1902 modifiant la loi du 9 avril 1898, en ce qui concerne le cas spécial d'un accident du travail, l'art. 20 prévoit que s'il y a eu poursuites criminelles « les pièces de procédure seront communiquées à la victime ou à ses ayants-droit ». Le même droit appartient « au patron ou à ses ayants-droit ». Il ne s'agit plus dans cette hypothèse d'une faculté laissée au

Parquet, il n'est plus nécessaire qu'il y ait une demande dont l'issue est incertaine, c'est une véritable obligation légale.

Lorsqu'il est question, non plus d'un accident du travail, mais par exemple d'un accident quelconque, c'est-à-dire d'un fait donnant naissance à une action en réparation du préjudice causé, si ce fait a donné lieu à une instruction judiciaire, ou même à un simple rapport de police comme il arrive souvent, nous ne voyons pas pour quelles raisons on refuserait d'étendre ici la solution de la loi de 1898 au profit soit de la victime, soit de l'auteur, soit de leurs ayants-droit. Ils peuvent, en effet, avoir besoin dans une instance civile d'appuyer leurs affirmations sur ces instruments de preuve recueillis immédiatement après le fait et qui reçoivent de cette constatation une valeur d'autant plus grande. Il y a un avantage évident à ce que le juge civil soit au courant de tous les renseignements qu'on a réunis.

Enfin, plus généralement, quittant le domaine des accidents que nous reconnaissons cependant comme étant le plus pratique, ne peut-on pas admettre que lorsque le document demandé fait preuve d'un fait, d'une constatation positive quelconque, il doit être communiqué ? En effet il ne pose nullement par lui-même la question de culpabilité, et par là semble devoir échapper au secret de l'instruction. C'est peut-être là la raison profonde de la loi de 1902, puisque le plus souvent dans un accident de travail, la responsabilité n'est pas fondée sur la faute personnelle, mais sur une notion extérieure de risque ; comme il n'est pas à proprement parler un coupable, on n'éprouve plus au même degré le besoin de protéger le patron contre les indiscretions

qui pourraient résulter de la divulgation de la procédure. Nous reconnaissons volontiers que ce n'est à aucun degré cette idée qui a hanté l'esprit des législateurs quand on a voté cette loi : on n'a eu en vue que des considérations plus ou moins sentimentales, mais nullement de profondes raisons juridiques.

Seulement, alors, il apparaît comme très difficile d'établir *a priori* le criterium qui permettra de distinguer les actes de la procédure criminelle suivant qu'ils s'appliquent à la détermination d'un fait ou à celle de la culpabilité ; c'est une question qui ne peut être résolue que par la connaissance des faits, de la cause. Et dans ces conditions la meilleure disposition pratique réside encore pour le moment dans les dispositions légales ou réglementaires récentes, jusqu'à ce que la vie de tous les jours ait permis de dégager des règles certaines pour opérer cette discrimination.

CHAPITRE IV.

Prérogatives de l'Etat en matière fiscale.

A toute époque l'Etat a bénéficié de facilités spéciales pour la perception des impôts ; nous connaissons déjà quelles atteintes étaient portées de ce chef au secret des notaires, dans l'ancien droit français ; il en est de

même de nos jours. L'Etat possède pour contraindre les particuliers à l'exhibition des documents qui l'intéressent des droits tout-à-fait remarquables ; et les lois les plus récentes sur la matière tendent toujours à accentuer le mouvement.

L'intérêt collectif domine ici l'intérêt individuel d'une façon toute particulière, ou plutôt l'on peut dire que ces deux sortes d'intérêts étant opposés en la matière, les plus faibles doivent céder au plus fort. Aussi bien l'Etat étant conçu comme une personne morale placée au-dessus des rivalités particulières, semble-t-il en théorie qu'il y ait moins d'inconvénients à lui octroyer des droits d'inspection et de contrôle qu'on refuse aux individus. Enfin les tendances récentes des lois fiscales visent toutes, extérieurement au moins, à introduire plus de justice dans la répartition des impôts, et nous avons toujours vu cette notion de justice ou d'équité comme inséparable d'un droit spécial à l'exhibition, en ce sens qu'elle permet de ne pas considérer les droits individuels comme absolus, et de leur fixer une limite au-delà de laquelle la volonté des tiers ou celle de l'Etat est susceptible de s'opposer victorieusement à la prétention du titulaire (en l'espèce le droit au secret).

Il n'entre point dans nos vues d'étudier d'une manière complète cette question qui relève du droit financier et qui nécessiterait des développements fort étendus pour être convenablement exposée. Mais nous voudrions montrer quelques exemples des prérogatives particulières que reçoivent les agents de l'Etat en cette matière, prérogatives qui leur permettent de requérir l'exhibition de tout document susceptible de leur être utile dans leur mission, sans que la partie contre

laquelle ils agissent puisse leur opposer l'adage « *Nemo tenetur edere contra se* ». Cette étude sort un peu du cadre que nous nous étions fixé et qui portait exclusivement sur les droits privés. Il était nécessaire cependant d'en dire quelques mots, car la répercussion des lois financières sur le patrimoine des individus devient de plus en plus importante et les droits privés, même les plus solidement établis, sont atteints par les tendances modernes des dispositions fiscales. Il est même permis de se demander si certaines de celles-ci ne dépassent pas la mesure équitable qu'on doit conserver en toutes choses, et si, prétendant réaliser la justice, elles ne présentent pas dans leurs incidences particulières de manifestes injustices, précisément à raison de ce fait qu'on a en certaines matières trop abandonné la conception traditionnelle et sûre des droits privés.

L'exhibition porte quelquefois sur des choses matérielles : ce sont les taxes sur les douanes, ou les lois sur le régime des boissons, qui contraignent les particuliers à se soumettre aux inquisitions des agents du fisc. L'obligation est particulièrement lourde en ce qui concerne les boissons et spiritueux, puisque les employés de la Régie ont le droit de pénétrer dans les maisons particulières et de se livrer à une véritable perquisition. Mais, s'appliquant à des objets nettement spécifiés et déterminés, elle échappe aux critiques que l'on peut diriger contre des mesures de caractère plus général.

C'est en matière de documents que l'on peut vraiment parler d'une action *ad exhibendum* exercée par le fisc contre le contribuable. Différentes lois prévoient pour les assujettis une obligation très large de présen-

ter les documents, même défavorables à leurs intérêts, sous des peines pécuniaires très graves.

Concernant les sociétés commerciales, les agents chargés d'assurer le recouvrement des taxes sur le timbre et l'enregistrement et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, ont un droit de contrôle fort étendu. Ici il n'existe plus, pour ainsi dire, de droit au secret vis-à-vis de l'Etat. Les préposés de l'enregistrement peuvent se faire représenter à toute réquisition, les répertoires, livres et pièces de comptabilité qu'ils jugent utile de connaître pour assurer l'exécution des lois ils peuvent en prendre copie sans déplacement. Et cette obligation est une véritable obligation de faire pour la société ; celle-ci ne saurait se contenter de laisser le préposé de l'administration rechercher dans toutes ses archives le document qui l'intéresse : en agissant ainsi elle n'accomplirait pas l'obligation personnelle qui lui incombe, et doit être condamnée comme si elle avait refusé la communication (1).

Le secret professionnel cède lui aussi devant l'intérêt de l'Etat. Les notaires doivent communiquer aux agents de l'enregistrement les actes par eux passés, afin que les lois et règlements sur les droits d'enregistrement puissent être exécutés.

(1) Cass 4 mai 1885 *Gaz. du Pal.* 85.2.472. — Voir Wahl, *Traité du régime fiscal des sociétés* (1909), tome II, p. 468 et s. et références citées en notes. — Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés* (5^e édition). p. 291 et s. — Ces deux ouvrages comprennent un exposé détaillé des lois fiscales, surtout le premier. On peut voir un bon résumé de la question dans Mayer, *Le secret des affaires commerciales*, thèse, Paris 1900, p. 28 à 33, au moins pour les lois autres que les lois d'impôt sur le revenu.

En matière de successions, la loi du 25 février 1901 prévoit que les droits de mutation par décès ne seront liquidés que sur la part nette recueillie par chaque ayant-droit. C'est là une règle favorable aux individus, mais comme elle ne saurait impliquer une renonciation de l'Etat à ses droits, la loi prévoit que tous les documents susceptibles d'établir le bien-fondé des déductions demandées devront être produits. Les articles 2, 3 et 4 indiquent les modalités d'exécution : les livres de commerce ne sont pas seulement représentés mais communiqués ; ils doivent rester déposés cinq jours durant au bureau qui reçoit la déclaration ; d'autres communications peuvent ensuite avoir lieu, particulièrement en cas d'instance. Tous les titres susceptibles d'établir la réalité de la dette successorale doivent être produits, et notamment le créancier est obligé, à la fois, de laisser prendre copie de son titre de créance et de remettre au débiteur un certificat attestant l'existence actuelle de la dette. Il y a donc déjà une obligation très lourde. Cependant les questions de succession sont exceptionnelles ; la mort amène en général un bouleversement dans les affaires commerciales et une dérogation aux règles du secret est moins sensible à ce moment qu'elle ne l'est dans le cours ordinaire de la vie. Enfin, le but même de la loi est en partie favorable aux intérêts des individus.

C'est ce qui ne se produit pas dans les dispositions qu'il nous reste à étudier. Le droit le plus manifeste à l'exhibition apparaît dans les lois fiscales toutes récentes qui ont puisé une rigueur nouvelle dans les nécessités créées par la guerre, et dans les théories plus ou

moins avouées qui posent la prééminence absolue de l'Etat.

La loi de 1914 instituant l'impôt sur le revenu prévoyait bien que le contrôleur des déclarations pourrait vérifier celles-ci à l'aide d'éléments extérieurs certains, mais ce fonctionnaire ne pouvait exiger la production d'aucun acte ni document. C'était un régime assez bizarre : l'impôt en définitive était dû d'après la déclaration du contribuable, et en maintenant le droit au secret on rendait possible de nombreuses fraudes ; en tout cas, c'était établir une lutte dangereuse entre l'intérêt personnel et l'obligation sociale. Mais les violentes attaques qu'avait soulevées la déclaration contrôlée l'avaient fait abandonner, bien qu'elle fût le seul moyen logique d'appliquer l'institution. Du jour en effet où, pour des raisons d'équité et de justice sociale, on admet un impôt personnel, qui ne s'attache point à des éléments extérieurs, mais frappe la fortune particulière de chaque contribuable, il n'est plus permis de respecter les droits des individus et il faut admettre la possibilité d'une inquisition administrative. On se trouve en effet en face de situations très différentes, si l'on envisage la possibilité de connaître la situation particulière de chaque individu, et tout le danger des appréciations subjectives intervient, du moment qu'on abandonne le système objectif des impôts réels ou simplement fondés sur les signes extérieurs. Certains contribuables, qu'ils dépendent d'une entreprise quelconque ou d'une administration, sont en effet soumis à une sorte d'exhibition forcée de leur situation, puisque sans s'adresser à eux, le fisc peut connaître les renseignements qui l'intéressent, alors que d'autres au contraire ne peuvent être

atteints par aucun moyen pratique. Dès lors la loi votée dans un but de justice aboutit en fait à des solutions injustes ; car il est injuste d'exiger des uns proportionnellement plus que des autres. La justice sociale ne doit pas être exclusivement considérée d'un point de vue absolu, il faut encore s'assurer qu'on saura la réaliser ; elle est avant toute chose relative, et son but n'est point tant de faire régner des principes, que d'établir dans la société une harmonie générale, en évitant les préjudices exagérés pour quelque membre de la société que ce soit.

Mais, depuis 1914, des aggravations ont été apportées par la loi du 31 juillet 1917 qui élargit les pouvoirs du fisc et réalise ainsi plus d'harmonie entre les situations individuelles. Désormais le système est plus logique ; la déclaration sera contrôlée, non par des signes extérieurs souvent trompeurs ou inexistants, mais par des preuves précises fournies par le contribuable. Malheureusement on n'a pas pu encore trouver un régime légal qui sauvegarde tous les intérêts en présence. Le Ministre des finances s'est bien défendu d'admettre l'obligation absolue de produire ses livres pour le contribuable ; on a tourné la difficulté par de subtiles nuances de mots : le contrôleur vérifie les déclarations, il a le droit de les rectifier, et pour cela il peut demander des éclaircissements au contribuable, des justifications à l'appui de ses dires. En fait, le contribuable est donc tenu de produire ses livres et papiers personnels, et s'il s'y refuse, il peut être taxé d'office pour un taux bien supérieur au taux réel auquel il aurait droit. Autre point, le législateur de 1914 avait admis qu'après le décès d'un assujetti, ayant fait une déclaration insuffisante, les héritiers ne

pourraient être inquiétés ; depuis 1917 le fisc, après la mort du contribuable, aura le droit de « fouiller dans la succession et de punir les héritiers qui seront cependant innocents » (1). Dans le même ordre d'idées on peut signaler les tendances de certaines propositions de lois récentes qui obligeraient les maisons de banque, au décès d'un déposant, à ne laisser ouvrir les coffres de celui-ci qu'en présence d'un représentant du fisc.

Enfin la loi du 25 juin 1920, portant création d'impôts nouveaux, présente le plus parfait exemple de ces prérogatives importantes reconnues à l'Etat. Les articles 66, 67 et 69 de cette loi, qui s'appliquent, à l'impôt sur le chiffre d'affaires, créent pour le commerçant assujéti une obligation extrêmement étendue d'exhiber tous les documents qui permettront d'établir l'impôt. Quand ce particulier ne tient pas de livres, ordre lui est donné d'en avoir un. Il doit être en tout temps à la disposition des agents de l'Etat, et de plus leur fournir mensuellement un relevé de son chiffre d'affaires. Des pénalités rigoureuses sanctionnent le refus de produire : l'amende d'abord, ensuite une astreinte importante par jour de retard jusqu'à ce que la communication ait été effectuée (2). Cette rigueur particulière de la loi et les

(1) M. Tournon, au Sénat, p. 144. Et le danger est encore aggravé par l'énormité des droits qui aboutissent en fait à une véritable spoliation. V. Allix, *Traité de la Science des finances*, p. 607 et s., sur les dangers de cette exagération des taxes successorales et ses résultats déjà apparents.

(2) V. Allix, *op. cit.*, p. 636. — Marcet, *L'impôt de 1,10 pour 100 sur le chiffre d'affaires*, thèse Paris 1922, pages 106 et 138 et s. Il est actuellement question de diminuer les inconvénients de cet impôt en généralisant le système du forfait.

inconvenients qu'elle entraîne ne sont certainement pas étrangers à l'échec partiel qu'elle a eu en ce qui concerne le rendement de l'impôt.

On le voit, en matière fiscale, les droits des individus cessent devant l'intérêt général. Rien n'est opposable aux exigences des représentants de l'Etat. Bien entendu, toutes ces dispositions visent seulement le cas où ces agents agissent dans l'exercice de leurs fonctions et pour l'intérêt du service. Toutefois avec le développement de ces tendances, on peut craindre des indiscretions qui sont toujours irréparables, car le secret est chose essentiellement fragile et une seule atteinte le détruit. Il faut d'ailleurs reconnaître que sans ces dispositions on pourrait difficilement faire prévaloir les intérêts communs, du moment qu'on a abandonné le système des impôts réels, trop peu productifs. Une seule critique générale pourrait être faite à ces règles de loi : c'est qu'elles s'appuient sur une conception absolutiste des droits de l'Etat et qu'elles sont imbues de l'idée que la toute-puissance en matière de droit revient à la société. C'est l'outrance des conceptions solidaristes, et cette exagération n'a peut-être pas été sans influence sur les déboires qu'on a rencontrés dans l'application de certaines de ces lois. Assurément il faudra, tôt ou tard, tenir mieux compte des intérêts individuels, mais cette étude sortirait de notre sujet.

Avec ces quelques exemples nous avons pu prendre une idée assez nette de ces droits spéciaux que les agents de l'administration reçoivent en matière fiscale. En définitive : extension exceptionnelle du droit à l'exhibition des choses ou des documents, suivant les cas, plus de droit au secret ou plus d'inviolabilité du domicile,

sanctions pénales rigoureuses, tels sont les caractères principaux qui se sont dégagés de cette étude.

CHAPITRE V

Considérations générales.

Si l'on nous posait la question : « Existe-t-il en droit français quelque chose de comparable à l'action *ad exhibendum* du droit romain ? », nous ne serions plus désormais empêchés de répondre. Certains auteurs avaient délibérément conclu à l'inexistence actuelle de cette voie de droit. Considérant l'action dans sa forme la plus matérielle, c'est-à-dire appliquée à l'exhibition d'un objet corporel, ils déclarent qu'elle ne se présente plus de nos jours et que notre droit l'ignore. Nous espérons avoir montré qu'il n'en est rien ; seulement le droit s'est transformé et alors qu'à Rome l'action visait principalement les objets, et accessoirement les documents, elle ne s'applique plus de nos jours qu'aux documents ; si on peut la concevoir portant sur une chose matérielle, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles. En outre, par une évolution de la procédure, l'action a cessé d'être intentée par voie principale ; dès lors, devenue incidente, elle a perdu la plus grande partie de son individualité propre. Elle s'est absorbée dans l'action principale, ce qui ne veut pas dire que ses caractères originaux aient disparu. Une

deuxième considération qui a pu confirmer ces auteurs dans leur théorie, c'est que l'action *ad exhibendum* romaine s'exerçait envers une tierce personne, alors que de nos jours elle s'exerce également contre la partie adverse dans un procès ou un contrat. Nous nous sommes déjà expliqués sur ce point qui nous paraît résulter surtout des conceptions différentes que l'on se faisait à Rome sur l'étendue des liens de droit ; aussi nous n'y reviendrons pas. Mais il est nécessaire de faire remarquer — et les exemples donnés l'ont suffisamment montré, croyons-nous — que ce qui fait l'originalité de l'action *ad exhibendum*, c'est la possibilité de contraindre une personne à présenter un document même contre sa volonté, et que cette possibilité existe en droit français contemporain.

Si l'on devait rechercher quelle est à ce sujet l'allure générale de ce droit français, on pourrait dire ceci : d'abord les Codes et les textes législatifs ne présentent point de cas d'exhibition de documents, sauf les lois récentes qui s'inspirent d'idées toutes différentes de celles du siècle dernier. En second lieu, ce silence des Codes paraît bien confirmer la théorie critiquée plus haut et qui prétend que notre droit ignore l'action *ad exhibendum*. Ce que le Code en effet ne permet pas officiellement doit être considéré comme refusé par lui, lorsque l'institution se présente comme une restriction des pouvoirs de l'individu. Enfin une troisième idée vient encore renforcer les deux précédentes, c'est que les textes prévoient dans certaines circonstances un droit à l'exhibition, limité, mais certain. Dès lors, peut-on dire, comme les exceptions aux principes généraux

sont d'interprétation très stricte, elles ne font que confirmer la règle.

A ne considérer ainsi que les articles d'un Code, on ne prend cependant qu'une connaissance imparfaite du droit. La loi, c'est le droit dans un état statique, en puissance ; il faut le voir dans la réalité pour savoir si ses éléments se comportent bien comme on le pense ; ainsi dans une machine au repos certains organes très visibles et qui semblent avoir une valeur toute spéciale n'accomplissent que peu de travail lors du fonctionnement, alors que tout le travail est en réalité l'œuvre d'éléments cachés auxquels on n'avait pas attribué toute l'importance nécessaire. Dans son fonctionnement le droit écrit révèle le même phénomène. Si bien conçu qu'il soit, il est toujours différent de ce que la réalité va en faire. Des organes jugés accessoires par le législateur vont passer au premier rang ; d'autres que, volontairement ou non, on a oubliés, vont être créés par la vie qui ne peut s'en passer : ici encore s'appliquera la théorie célèbre qui veut que la fonction crée l'organe. C'est à un phénomène de ce genre que nous avons assisté en notre matière, mais à la vérité il s'agit moins d'une création de toutes pièces que d'une résurrection ou d'une survivance ; toutefois pour ceux qui ne veulent voir dans le droit contemporain que le résultat de la codification napoléonienne, il pourra sembler qu'il y a vraiment création.

Aussi bien cette institution vivante de nos jours porte-t-elle encore la trace de ses origines. Construite par la pratique dans des fins exclusives de toute idée théorique, elle revêt par moments un certain caractère d'incertitude qui surprend un peu l'esprit formé à l'école

du droit romain. Mais à ce point de vue, une remarque est nécessaire : c'est qu'à Rome même l'action *ad exhibendum* échappait à la rigueur logique des conceptions doctrinales. Les discussions qui ont lieu de nos jours chez les historiens du droit ne sont point encore près d'être closes, qu'elles portent sur les origines, le contenu ou le but de cette action ; c'est une chose curieuse à signaler que l'imprécision actuelle des traités de droit romain quand il s'agit d'en déterminer les limites ; et l'intérêt de cette remarque augmente si l'on considère qu'on se rapporte le plus souvent aux textes de l'époque classique, c'est-à-dire à la période de la procédure formulaire, dans laquelle le domaine de chaque voie de droit était si minutieusement réglementé. Il semble dès lors qu'à Rome déjà il fallait chercher autre chose que la simple présentation matérielle dans l'idée qui inspirait plus ou moins obscurément cette institution ; nous avons essayé de le montrer dans le chapitre qui ouvre cette étude, en rapprochant l'action de l'idée de propriété, sur laquelle tout le monde romain était construit, ce qui donne à cette voie de droit un certain caractère social. Il en a été de même chez nous : ce n'est point des règles fixes qui ont permis d'arriver aux différentes solutions que nous avons présentées, mais une idée extrêmement générale de justice et de vérité. Par suite, dans l'exposé des faits, qu'il s'agisse de rapports entre contractants ou plaideurs, ou de rapports entre individus juridiquement étrangers l'un à l'autre, nous avons dû procéder à une énumération des solutions pratiques plutôt qu'à une déduction logique.

Il est vrai que c'est ainsi véritablement qu'on peut considérer la vie du droit et ce que les philosophes

appelleraient « son perpétuel devenir ». Toutefois, comme il importe avant tout dans le droit de savoir pourquoi telle chose a lieu, nous essayerons dans une troisième partie de déterminer les principes supérieurs qui doivent être placés à la base de la théorie du droit à la preuve, dont l'action *ad exhibendum* est considérée par nous comme l'application pratique la plus certaine.

Qu'il nous soit permis de remarquer en terminant, et cela préparera ce qui va suivre, qu'il ne sert de rien d'avoir posé une idée absolue à la base d'une loi ; les faits se chargent de rétablir la relativité nécessaire de tous les principes, quelque rationnels qu'ils puissent paraître. Par la force des choses, la jurisprudence française, pourtant jalousement attachée à respecter les textes de nos codes, a dû en briser le moule trop rigide. A la différence de la jurisprudence italienne, elle était en effet plus étroitement tenue de l'observation des règles positives de nos lois, qui avaient été faites par des esprits pratiques, fort éclairés des nécessités de la vie juridique en France. En Italie particulièrement, à côté des Codes généraux, de nombreuses traditions romaines subsistaient et subsistent encore, qui expliquent suffisamment le maintien de l'action *ad exhibendum*. Rien de tel ne se présentait chez nous, et cependant les solutions que nous avons rapportées ne nous paraissent point inférieures comme étendue et comme portée à celles rencontrées dans les autres pays. Ah ! certes, le nom même de l'action n'est pas prononcé ; mais n'est-ce pas plutôt par un reste de déférence pour la loi qu'on a dépassée ? Et puis l'appellation ne fait rien à la chose, et de quelque nom qu'on veuille la désigner, il n'en reste pas moins qu'une consécration

pratique du droit à la preuve apparaît dans tout ce mouvement de jurisprudence, et cela suffit au but que nous nous proposons. A ce sujet on ne saurait trop mettre en lumière, après tant d'autres, l'avantage que notre jurisprudence a eu de travailler sur un instrument aussi souple que les codes napoléoniens. Les législateurs qui les ont rédigés, avaient su éviter l'écueil des codes trop scientifiques ; et l'on peut douter que les résultats actuels aient pu être atteints, si, par un excès d'esprit logique, on avait cherché à faire passer dans leurs dispositions l'intégralité des idées abstraites qui dominaient à leur époque et qui depuis lors se sont si profondément modifiées.

TROISIÈME PARTIE

Essai d'une théorie générale du droit à la preuve.

Accarias place en épigraphe de son précis de Droit Romain un texte de Cicéron qui s'exprime ainsi : « *Jure consulti saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur* ». A en croire l'illustre orateur, ce qui caractériserait par conséquent le travail du juriste, ce serait de diviser à l'infini les notions les plus simples et de s'attacher avec minutie aux détails, en laissant de côté les vues d'ensemble. Dans le « *de Officiis* » une idée semblable est aussi exprimée, visant non plus le juriste, mais la loi qui est son instrument : *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia* » (1). Les lois sont obligées de compter avec la réalité, l'esprit non ; mais il y a toujours la

(1) Cicéron, *De Officiis*, III, 17.

même opposition entre le travail analytique du jurisconsulte et le travail synthétique qui lui échappe. Toutes ces constatations sont vraies : une règle de droit dont le but est d'être pratique, ne peut saisir toute la vie en une seule formule ; il faut distinguer les éléments, ne réunir que ceux qui possèdent une commune mesure et par suite il y aura autant de décisions distinctes qu'il y aura de groupes d'éléments ainsi séparés. Mais c'est là le travail du praticien, c'est l'analyse qui démonte le mécanisme pour en saisir la constitution ; c'est le travail que nous mêmes venons d'accomplir en classant sous différentes rubriques les diverses manifestations du droit à la preuve que nous avons rencontrées.

En somme jusqu'ici cette étude a simplement posé et autant que possible résolu la question de savoir *comment les choses se passent en pratique* ; ce qui nous reste à savoir est plus difficile : c'est *rechercher pourquoi il en est ainsi* ; pour quelles raisons ces décisions nous paraissent justes, en un mot déterminer le fondement rationnel du droit à la preuve après en avoir étudié les applications matérielles.

La pensée de Cicéron que nous avons citée plus haut, ne s'appliquerait, au surplus, qu'aux jurisconsultes de son temps, ceux dont la minutie laborieuse se justifiait d'ailleurs par les conditions de la technique du droit à cette époque ; suivant Ihering c'est même à raison de ce travail d'analyse si poussé que le monument entier du droit romain a pu prendre ensuite cet aspect merveilleux de solidité et de logique qui fait encore l'étonnement de nos esprits. Mais cette pensée n'était déjà plus vraie à l'époque classique, deux ou trois siècles

plus tard, quand les jurisconsultes romains donnèrent à la science du droit une ampleur et un rayonnement qui depuis lors n'ont jamais été dépassés. Ceux-ci avaient été précédés dans cette voie par le mouvement si remarquable qui a humanisé et transformé le vieux *Jus civile* grâce aux réformes prétoriennes. La hauteur de pensée qu'on a toujours admirée chez eux vient de ce qu'ils ont constamment cherché à justifier devant la raison les règles juridiques que leurs déductions leur faisaient découvrir. C'est cette opération inverse de celle de l'analyse que nous voudrions accomplir ici. Notre but est de remonter au principe général et de voir comment se justifie ce droit que la pratique nous a révélé. Quelque modestes que soient les résultats auxquels nous pourrions parvenir, nous estimons en effet qu'il est nécessaire avant tout de savoir « où l'on va », et que le meilleur moyen pour cela est encore de rechercher le pourquoi des choses. C'est l'honneur de la doctrine française de n'avoir jamais reculé devant ces problèmes, et certes le temps est passé, s'il a jamais existé, de ceux qui, suivant la mordante ironie de Belime (1), « rampent devant une conjonctive, se déconcertent devant une incise, et croient que le bien et le mal dépendent d'un qui relatif ».

Qu'on ne dise pas que c'est là une recherche toute relative, parce qu'elle se départit de l'objectivité que toute étude scientifique doit rigoureusement conserver. Les faits ! Mais les faits, par eux-mêmes ne sauraient fonder le droit ; la répétition mille fois effectuée de la

(1) *Philosophie du droit*. Introduction, p. 6.

même pratique ne saurait donner une valeur de justice à une institution que la raison réprouverait. Et puis que trouvons-nous d'autre dans les faits que ce que nous y avons mis nous mêmes ? l'amoncellement des décisions judiciaires, sur lesquelles nous fondons une théorie, peut faire impression, mais qu'est-il à côté du nombre de celles que nous ignorons parce que nous ne les atteignons pas, parce que leurs dispositions ont été jugées inutiles, et qu'on ne les a pas fait figurer dans les recueils habituels où l'on va chercher ses matériaux. Et ce serait d'après cela simplement qu'on voudrait conclure avec certitude ? Non, il n'est pas possible d'admettre que le droit consiste en une seule énumération de solutions d'espèce ; il n'est même pas possible de penser qu'il ne consiste qu'en une série de principes plus ou moins généralisés tirés par voie de simplification des éléments communs de ces décisions fragmentaires. Le droit aspire à quelque chose de plus élevé et de plus solide ; ce n'est que l'étude critique et rationnelle qui permet de le lui donner.

Mais alors on pourrait nous présenter une autre objection : toute généralisation, dira-t-on, est arbitraire, partant inutile, puisque le raisonnement fait par les uns est susceptible d'être détruit par les autres. C'est une objection sérieuse à laquelle on ne peut trouver de réponse qu'en en tenant le compte nécessaire. C'est pour cela que nous avons estimé devoir donner une base toute matérielle à cet ouvrage. Il ne nous paraît pas possible, en effet, de tout reconstruire par la seule raison, sans risquer de faire fausse route ; il faut s'appliquer à connaître les solutions pratiques. Ce sera donc la combinaison des principes rationnels et des

idées dégagées dans notre étude de la pratique que nous allons tenter. Si les déductions de l'esprit coïncident avec les résultats certains et tangibles auxquels nous sommes arrivés, nous serons assurés de n'avoir point fait un travail inutile. Comme le dit encore Belime : « Ce n'est point par les recueils d'arrêts que la science peut prospérer », on pourrait ajouter cependant que c'est peut-être grâce à eux. Mais l'on doit s'en servir et non s'y asservir. Il faut avoir la force de s'élever au-dessus des faits pour pouvoir les dominer ; voir n'est pas savoir.

Cette troisième partie, consacrée à des idées plus générales, se divisera tout naturellement en deux chapitres.

Dans un premier chapitre nous étudierons le fondement rationnel du droit à la preuve ;

Dans un second chapitre nous en établirons l'application pratique, c'est-à-dire la théorie générale de l'action *ad exhibendum* en droit moderne.

CHAPITRE PREMIER

Fondement rationnel du droit à la preuve.

Tout droit met en présence deux éléments : l'individu qui l'exerce, la société qui le sanctionne. Ces deux éléments, pris en eux-mêmes, paraissent hétérogènes, sans commune mesure entre eux : dans l'individu il y a une force spéciale qui s'oppose à la société, dans la société il y a au contraire une tendance à ne pas tenir compte des individus. Quand on part de ces éléments pour établir le fondement rationnel d'un droit, on est donc obligé de choisir l'un ou l'autre. C'est ainsi que deux grandes conceptions opposées peuvent expliquer l'idée de droit : pour les uns le droit est individualiste et doit faire avant tout le bonheur de l'individu ; pour les autres au contraire il est social et l'individu n'est plus considéré comme un but, mais comme un moyen. Quelle conception choisirons-nous ? Tâchons d'abord de les exposer brièvement pour nous faire une idée des résultats auxquels elles peuvent conduire.

La théorie de l'individualisme peut se résumer ainsi : tout le droit est fait par l'homme et pour l'homme. S'il y a des conflits entre les individus on ne doit y intervenir que le moins possible, de même qu'on doit laisser chacun agir librement et sans entraves toutes les fois qu'on le pourra ; on évitera de se substituer à l'individu, mais on ne l'aidera pas. L'idéal c'est, avant tout, la

liberté ; c'est la haute idée qui a inspiré la Révolution Française, et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen en est restée le monument fameux. Cette idée de liberté qui est à la base de l'individualisme est juste ; il ne se fait rien de bien sans elle ; mais lorsqu'elle est poussée à l'extrême, elle aboutit à une impasse. L'homme qui a tous les droits ne se reconnaît plus de devoirs, et c'est alors le culte de l'égoïsme et la négation même du droit. A la vérité, ce résultat n'est jamais complètement atteint, puisque l'idée de droit implique par elle-même la présence d'une société, et qu'une société ne peut se concevoir qu'avec des devoirs de la part des individus qui la composent. C'est cependant faire une erreur que de fonder le droit exclusivement sur l'individu (1), même en y ajoutant ensuite le correctif de l'idée de société, et cette erreur entraîne de graves conséquences : la vie devient impossible si, chacune des prétentions rivales qui s'affrontent étant égale à celle qu'on lui oppose, il y a un combat perpétuel. L'issue d'une lutte, même juridique et intellectuelle, n'est jamais que le résultat soit d'un hasard imprévisible, soit d'une force supérieure plus grande chez l'un des combattants. Et le droit en arrive dès lors à n'être qu'une application plus ou moins dissimulée de la force (2). Or loin de fonder le droit, la force en est la

(1) L'idée que l'individu est le fondement du droit a donné naissance à la théorie du droit subjectif, forme philosophique et juridique de l'individualisme. C'est aussi celle du contrat social. C'est enfin celle de Nietzsche et de ce qu'il appelait le « Surhomme ».

(2) Voir la fameuse conférence d'Ihering. « *La lutte pour le droit* ».

négarion, puisque jamais le droit n'apparaît mieux que lorsqu'il s'applique à des personnes faibles. Il y a donc dans toute cette théorie un point de départ faux qui entraîne la fausse direction de tout le système.

L'individu ne saurait être le fondement du droit, il peut en être l'objet ou le but, il n'en est pas la cause. S'il en était autrement, le droit ne pourrait jamais dépasser le cercle étroit de sa personnalité, il serait tout intérieur à elle, caché à tous les yeux et cela est exclusif de l'idée pratique du droit, laquelle est au contraire celle de rapports extérieurs entre les individus. On confondrait dès lors Droit et Morale, et le plus beau des Codes de l'humanité serait le manuel d'un Epictète, ou les pensées d'un Marc-Aurèle, monuments de cette Morale stoïcienne qui avait pris l'homme à la fois comme cause et comme but. Mais n'est-ce pas faire le procès de cette conception individualiste que de citer les œuvres qui sont certes les plus morales, mais aussi les plus détachées de la vie, puisqu'elles aboutissaient à la glorification du suicide. Or le droit est fait pour se réaliser et pour vivre.

Dans le domaine du droit civil, l'individualisme ainsi poussé à l'outrance aboutit au règne exclusif ou presque exclusif du contrat, dans lequel entrent seules en jeu les volontés individuelles, à la limitation de l'intervention de la loi et de celle du juge, et l'idéal serait même qu'ils n'intervinssent pas du tout si c'était possible. Après avoir placé l'homme si haut qu'on en a fait presque un Dieu, on n'est donc plus, en pratique, capable de lui reconnaître ce qui lui permettrait d'être au moins un homme ; c'est l'écrasement des faibles par les forts, là négation, dans les faits, des droits qu'on

reconnaît à chacun en théorie. Si nous considérons la matière des preuves, un tel système amène à concevoir le procès avec une position isolée pour chacun des plaideurs, il les contraint à tout démontrer par eux-mêmes, alors qu'ils sont faibles et désarmés comme peuvent l'être de simples individus. A aucun moment on ne pourra rencontrer de droit à la preuve, puisque, en aucun cas, on ne pourra obliger une personne à faire, malgré elle, quelque chose pour une autre personne, avec laquelle un contrat ne la lierait pas. Et même, quand il s'agira de ce contrat, l'étendue du lien de droit sera déterminée minutieusement par les termes de la convention, jamais on n'ira au-delà. Quand la loi impose aux individus quelques charges en vue de l'intérêt général, elle ne le fera que si l'existence même de l'ordre social est en jeu et dans la limite où elle l'est ; elle pourra ainsi accorder une action *ad exhibendum* quand il s'agira de la sauvegarde de la propriété, si cette institution apparaît comme fondamentalement nécessaire, elle ne l'accordera jamais avec un caractère de généralité qui permette de fonder le droit à la preuve.

La conception du droit ayant pour base l'individu ne saurait donc nous suffire. Il nous faut chercher ailleurs, nous réservant cependant d'emprunter à cette théorie la part de vérité qu'elle peut contenir, car si l'individu n'est rien sans la société, celle-ci ne saurait à son tour se passer de l'individu.

A la conception individualiste s'oppose celle appelée du « droit social ». Différentes écoles (1) dont le point

(1) Toutes les écoles socialistes, l'école positiviste, l'école

de départ est plus ou moins éloigné aboutissent à cette idée que le droit est essentiellement quelque chose de social, qu'il prend naissance exclusivement dans la société et par elle, qu'il n'a pour but que les intérêts de cette société, et que toute idée individualiste doit être soigneusement écartée. Ce qu'il y a de curieux, c'est que cette théorie qui finit par dénier tout droit à l'individu, se fonde sur le rationalisme le plus pur, puisqu'elle se réclame de la science positive. C'est Auguste Comte, qui dans son cours de philosophie positive déclare que « les individus ne sauraient avoir de droits, ils n'ont que des devoirs ». Or les constatations scientifiques n'ont jamais que la valeur individuelle de l'homme qui les a faites, si elles ne peuvent, ce qui n'est pas le cas, se fortifier par des expériences qui produisent à volonté le phénomène. Elles auront donc toujours un caractère de relativité fort dangereux pour la construction entière.

La constatation des faits, car ici les faits sont maîtres ou le paraissent, c'est que le droit ne prend naissance que dans un milieu social ; l'individu n'existe pas, les Robinsons sont des hommes placés dans des conditions anormales. L'homme ne peut vivre sans son groupe, c'est donc au groupe qu'il appartient de poser les droits de chacun, ceux-ci étant seulement accordés dans la limite de ce qui est nécessaire pour le bien-être social.

Le danger de cette conception du droit est évident. L'individualisme outrancier aboutissait, poussé à ses ultimes conséquences, à la consécration de la force,

sociologique qui en est dérivée. On pourrait rapprocher dans les mêmes critiques toutes les théories allemandes de la prééminence de l'État source du droit.

puisque celui qui avait la plus forte volonté l'emportait sur les autres ; la théorie sociale n'aboutit pas non plus à autre chose. Si la société est le fondement et le but du droit, ce seront les organes de cette société, pratiquement l'Etat, qui détermineront les droits de chacun. Quel arbitraire cela va-t-il produire ? On le conçoit. A la vérité, nombre de ceux qui soutiennent la théorie dite sociale du droit sont des adversaires déclarés de ce qu'ils appellent l'étatisme ; mais par là ils condamnent l'Etat actuel, et non celui qu'ils rêvent, sans quoi toute leur construction s'écroulerait. Nous n'avons pas à insister sur cette notion de force qui sera à la base du droit lorsque la loi sera considérée comme le véritable droit (1). La loi, on l'a démontré depuis fort longtemps n'est bien souvent l'expression que d'une infime minorité de citoyens. Comme le dit M. Duguit (2) : Déjà bien grande quand elle s'incarnait dans un homme, la puissance publique devient sans limites quand elle s'incarne dans la nation. L'Etat absorbe tout, égalise tout, il ne souffre à côté de lui aucune vie indépendante, et sous prétexte d'égalité, il ne veut plus au-dessous de lui qu'une poussière d'individus impuissants et désarmés ».

(1) La loi considérée comme moyen de discipline sociale, ne vaut pas mieux que la force... C'est qu'elle a aussi ses lois, en dehors desquelles elle ne vaut pas mieux que les dangers qu'elle est destinée à conjurer. (Beudant, *Introduct. de son cours de Dr. Civ.*).

(2) *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, (Paris, 1908), p. 33-34. — Nous sommes cependant loin d'admettre la théorie de M. Duguit, car nous estimons qu'elle est aussi dangereuse que le droit social qu'elle critique, et qu'elle conduit aussi à l'arbitraire le plus pur.

Après avoir déifié le pouvoir royal, on va donc déifier le législateur. On reconnaît à la Nation, personnifiée dans l'Etat, le droit de donner tels ordres qui lui sembleront utiles. « C'est la vraie doctrine démocratique, dira-t-on ; oui. Mais c'est aussi la doctrine qui servit aux légistes allemands pour fonder la toute-puissance de l'Empereur, aux Jacobins pour justifier l'omnipotence d'une Convention, et aux collectivistes pour demander à l'Etat tout-puissant de confisquer les instruments de production et de devenir par là plus puissant encore ».

Dans le domaine du droit privé, à quoi aboutit cette conception ? A la négation pure et simple de tout droit de l'individu, et en pratique, sinon à leur retrait, au moins à leur instabilité complète, puisqu'ils varieront en fonction des nécessités sociales. Or la sécurité est ce qu'il y a de plus nécessaire en droit, seule elle permet le développement des activités. Avec cette théorie, il ne saurait être question d'un droit à la preuve, puisque l'individu n'aura plus de droit personnel ; mais on verra alors une obligation générale pesant sur tous les individus, susceptibles de fournir un élément de vérité. On pourra vraiment dire avec Auguste Comte « que les individus n'ont qu'un droit, celui de faire leur devoir ». On est tout porté à rapprocher de ces conclusions rationnelles ce qui a existé à Byzance et dans le droit canonique. Nous en avons exposé les règles positives : on se rappelle que dans ces deux législations toute personne pouvait être contrainte de fournir les documents nécessaires à la manifestation de la vérité, pourvu qu'elle n'en éprouve aucun dommage personnel. Encore, remarquons-le, cette dernière restriction enlève-t-elle beau-

coup du caractère absolu de la règle, et n'existe-t-elle pas dans une conception purement sociale du Droit. Mais ce qui est intéressant à signaler c'est que les deux législations indiquées correspondent à des sociétés dans lesquelles, pour des motifs d'ailleurs différents, la liberté des individus comptait le moins vis-à-vis de l'Etat ou du pouvoir. Au nom du Prince, ou au nom de la Divinité, on brisait la résistance que « la poussière des individus impuissants et désarmés » aurait pu élever. Et l'on en revient toujours à cette constatation que le droit tirait dès lors toute son importance de la force, force matérielle ou force divine, selon le cas, mais force tout de même, c'est-à-dire le contraire du droit.

Ainsi le principe absolu est destructif de lui-même et les bases desquelles on était parti étaient fausses puisqu'on aboutit à des résultats impossibles. Il n'est donc pas suffisant de fonder exclusivement le droit sur des faits, dans l'état actuel des connaissances humaines, sans arriver en fin de compte à la négation même de l'idée de droit. Au lieu de dire, comme Montaigne, « Que sais-je ? », et de chercher à savoir, on a cru être arrivé au but et pouvoir en tirer des conséquences ; il s'est trouvé qu'on s'était trompé. Loin de nous cependant l'idée de critiquer ces efforts ; il nous paraît seulement qu'à l'heure actuelle la généralisation sur laquelle la théorie tout entière repose est au moins prématurée, si tant est qu'elle puisse jamais se faire. Mais toute erreur contient une part de vérité : si l'absolu n'est point satisfaisant, les données relatives peuvent servir au contraire à une construction nouvelle ; le tout est de les mettre en œuvre, de les placer à leur vraie place, c'est-à-dire ni trop haut, ni trop bas.

Ainsi l'individualisme pur, et le droit social pur, sont deux conceptions impossibles ; nous les rejetterons donc. Il faut chercher autre chose, et puisque les théories absolues sont inacceptables, la vérité ne se trouverait elle pas dans une mesure moyenne ? Pour nous en assurer, nous n'avons qu'à reprendre les deux éléments que chacune des théories rejetées opposait à l'autre. D'une part il y a une première constatation certaine, l'existence de la notion de droit chez l'homme, notion qui se traduit dans la conduite de l'individu et ne peut être rattachée qu'à lui. D'autre part, il y a la constatation de l'importance de la société dans les applications du droit. Cette notion de droit, dont un livre récent met en valeur, au point de vue spécialement historique et philosophique, toute l'influence au cours du siècle dernier dans notre pays (1), est intimement liée à celle de Justice. Or, la Justice ne peut pas être conçue comme une idée purement individuelle ou purement sociale ; elle implique une relation, un rapport entre différents éléments, ce qui dépasse le simple individu, mais elle rend nécessaire aussi la reconnaissance de la valeur de chacun des éléments en jeu, et exclut par conséquent toute idée d'un absolu comme le droit purement social.

Bien souvent, quand on a voulu définir le droit, on a pris l'un des éléments qui le composent, on ne l'a pas considéré en lui-même. Or, pris en soi, le droit est supérieur aux volontés individuelles ou collectives, il

(1) Bonnet, *La notion de Droit en France au XIX^e siècle* (1919).

est supérieur aux volontés de la Nation, c'est l'harmonie qui existe entre ces différentes volontés, et non pas celles-ci envisagées en elles-mêmes. Il prend naissance non pas dans l'homme seul, non pas dans la société seule, mais dans le rapprochement de ces deux éléments et dans les réactions qu'ils exercent l'un sur l'autre. C'est une relation, et par là il se différencie de la Morale qui tend, au contraire, à l'absolu. Bien que, en fait, il aboutisse à reconnaître un pouvoir à son titulaire, ce pouvoir n'est pas le droit, il est créé par lui. Ainsi on ne sacrifie ni l'individu, ni la société, et aucun des deux ne prévaut sur l'autre. L'essentiel de l'idée de droit c'est en effet l'harmonie, la mesure et la proportion, ce n'est pas l'absolu. Si en elle-même l'idée nous paraît avoir quelque chose d'absolu, c'est parce qu'elle se rattache à ce qu'il y a de plus intime en nous, au principe même de notre existence, mais cela ne signifie pas qu'elle soit en réalité un absolu. La notion de droit a souvent été qualifiée de métaphysique ; ce n'est pas une critique (1), c'est la justification même de la profondeur de ses racines et de sa vitalité. C'est parce qu'elle tient à l'âme de l'homme, qu'elle est si puissante et ce point de vue ne doit pas être oublié. Explique-t-on mieux la notion de beau ou celle de bien ?

Il y a longtemps que les Jurisconsultes romains ont dit que leur science était l'*ars boni et æqui*, et l'idée d'équité rend bien cette juste proportion, cette harmonie qu'il faut réaliser entre les différentes prétentions

(1) C'est même à notre avis, la seule explication qu'on en puisse fournir. V. Gény, *Science et technique en droit positif*, 1, p. 50.

en présence. On a beaucoup critiqué la définition des Institutes de Justinien, d'après laquelle le droit consiste à *alterum non lædere, jus suum cuique tribuere, honeste vivere* ; il y a peut-être un défaut de méthode dans le fait de présenter une définition sous la forme d'une énumération, mais l'idée de proportion apparaît bien dans le *jus suum cuique tribuere* ; le partage qu'il implique, c'est toujours la même idée de mesure que nous avons indiquée. La meilleure définition qu'on ait encore donnée paraît celle de Bufnoir : « Le droit c'est l'ensemble des règles auxquelles est soumise, sous la sanction du pouvoir social, la liberté de l'homme en conflit avec la liberté d'autrui » (1). Remarquons qu'il s'agit toujours de plusieurs libertés et non pas d'une seule, comme l'admettait la thèse individualiste. Ce que sont en elles-mêmes ces libertés, le droit ne le recherchera pas, on les prend telles qu'elles se présentent et on s'efforce de les concilier.

Mais alors dira-t-on, le droit est un art, et non une science, car la science cherche le pourquoi des choses. Non, le droit est bien une science. D'abord l'idée de science n'implique pas celle d'absolu, le calcul différentiel permet de comprendre les variations des phénomènes, non leur nature. Et puis l'art est surtout caractérisé par la connaissance interne échappant aux règles de la raison, tandis que dans le droit la raison et la réflexion jouent un rôle prépondérant. Allons plus loin : pour déterminer la part qui revient à chacun,

(1) Lévy-Ullmann, *La définition du droit* (1917), sur tous ces points.

seule la raison donne un mécanisme suffisant. En effet les règles d'art sont susceptibles de varier à l'infini ; celles de la raison ne varient pas et la condition essentielle de tout droit est la sécurité, la stabilité. Il est nécessaire qu'il existe des permanences juridiques dans lesquelles les cas d'espèce puissent entrer, et seule l'étude rationnelle permet de les dégager.

Ainsi, équilibre (1), mesuré, telle est la notion qui domine tout le droit ; son idée fondamentale est une idée d'harmonie. Il ne saurait y avoir de droits absolus, pas plus de droits foncièrement individualistes, que des droits foncièrement sociaux. Mais chaque droit réalise la juste proportion entre les deux tendances divergentes, en vue d'un mieux être général, et en ce sens il est à la fois très individuel et très social.

Toutes ces considérations générales peuvent paraître nous avoir entraînés loin de notre sujet ; il n'en est rien. Elles auront permis de l'établir sur des notions plus certaines parce que rationnelles. Il était nécessaire d'autre part de remonter aussi haut, parce que la notion de preuve est une des notions les plus générales et qu'elle correspond à celle de droit prise en elle-même.

Au même titre que le droit lui-même, l'opération de la preuve est double : elle est à la fois sociale et indivi-

(1) L'idée d'équilibre permet seule d'expliquer la théorie de la cause, celle de l'abus des droits. C'est parce qu'elles ne l'admettent pas et visent à l'absolu que les législations exclusivement religieuses n'ont jamais pu fonder un droit au sens réel du mot, sans tomber dans la casuistique. Sur l'idée d'équivalence, voir Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse 1920.

duelle. Il s'agit de faire la part de ces deux caractères dans la théorie même du droit à la preuve.

Individuelle, la preuve l'est, en matière de droit privé, par le but qu'elle se propose. Ce qu'on recherche c'est la consécration d'une situation personnelle, la démonstration d'une prétention de l'individu. A qui pourrait-on mieux confier l'opération qu'à celui qui doit en retirer les avantages? « *Ubi emolumentum, ibi onus* » dit un vieux brocard. On peut être certain que celui qui fera sa preuve saura, à raison de son intérêt personnel, surmonter des difficultés qui, sans ce levier puissant, l'auraient très certainement arrêté. A ce point de vue encore le principe « *Onus probandi incumbit ei qui agit* » est parfaitement fondé; c'est la base que l'on doit donner à la théorie, que l'on parte d'un point de vue rationnel ou que l'on veuille seulement considérer la pratique. Mais ce principe n'est nullement une règle absolue. Poussé à l'extrême, il nous conduirait à la négation de fait de tous les droits, puisqu'il suspendrait la réalisation d'un droit à la représentation éventuelle de sa preuve; pour avoir voulu trop haut placer la sécurité nécessaire du droit, on aboutirait dès lors à une insécurité encore plus grave. En effet si on le considère, au lieu d'une simple présomption en faveur du défendeur, comme établissant pour celui-ci une situation privilégiée, dès lors exclusive de tout droit contraire, on produit un déséquilibre dans le milieu social, on en fausse l'harmonie. Le droit à la preuve est donc individuel par son but, mais il n'est pas rien que cela.

Il est aussi un droit social. En un certain sens tous les droits sont sociaux, puisque ce sont essentiellement

des rapports entre les hommes ; ce n'est cependant pas le sens que nous donnons ici à ce mot, le droit à la preuve est plus social que les droits ordinaires ; il s'applique bien à des intérêts individuels, mais il s'applique aussi à un intérêt général. Dans toute contestation de droit privé, l'intérêt particulier joue un rôle primordial, aussi l'a-t-on longtemps considéré comme le seul en jeu. Mais d'autres idées y ont aussi leur place : c'est l'intérêt de la vérité, l'intérêt de la justice, la bonne foi, l'équité ; de quelque nom qu'on veuille l'appeler l'idée est la même, elle s'oppose à celle d'individualisme, et porte à juger les choses d'un point de vue plus élevé que l'intérêt personnel. Comme le dit M. Gény parlant de l'équité (1), « dans nombre de problèmes du droit positif, la solution est acquise par sentiment instinctif plutôt que par raisonnement, et cela indépendamment de toutes circonstances d'espèce, dans la seule considération des éléments généraux d'une question ». Or parmi les éléments généraux de toute question, même de droit privé, se pose l'intérêt de la société, c'est-à-dire l'intérêt qu'elle a à ce que l'harmonie sociale ne soit pas troublée, et pour cela que la vérité de chaque prétention soit reconnue. C'est cet élément supérieur à l'individu qui se trouve très nettement dégagé dans le droit à la preuve et qui lui imprime son caractère spécial. Lorsque cet élément est très fort, nous voyons naître une obligation générale, pesant sur tous les individus, de fournir tout ce qu'ils possèdent touchant l'affaire en question et de dire tout ce qu'ils

(1) *Méthode d'interprétation* (2^e édit., 1919), tome 2, p. 111.

savent sur le même sujet : c'est ce qui se passe en matière criminelle, où le droit à la preuve est doublement social, d'abord parce qu'il a pour objet d'établir la vérité, ensuite parce qu'il appartient, non pas à un individu, mais à la société représentée par le Ministère public et même en un certain sens par la partie civile. C'est encore ce qui tend à se passer de nos jours en matière fiscale, toujours à raison de l'intérêt de la société qui se trouve directement en jeu. Quant à la justice civile, l'intérêt social n'a plus la même force devant elle; dès lors le droit à la preuve ne pourra plus s'exercer avec la même rigueur. Il est des obstacles qui cédaient dans les cas précédents et qui maintenant ne céderont plus.

Supposons une contestation privée; l'une des parties en cause demande à un tiers de lui fournir une preuve nécessaire à sa prétention. Peut-on exiger de cet tiers qu'il produise ce qu'on lui demande? Aucune raison ne s'y oppose, si cette demande n'est pas de nature à porter préjudice au tiers. On peut même dire que son intérêt bien compris le lui commande. Car le droit positif se crée tous les jours par les habitudes et les mœurs juridiques, et si le tiers considéré se trouvait placé dans la même position que la personne qui s'adresse à lui, il serait heureux de se voir reconnaître la même faculté à son profit personnel. C'est en ce sens que l'adage de solidarité humaine « *Quod mihi prodest et tibi non nocet facile concedendum* » est vrai et doit être mis à la base de l'obligation juridique. Mais en pratique, comment distinguera-t-on les hypothèses de préjudice de celles de non-préjudice? C'est une question très délicate dans laquelle on se détermine moins par des principes exté-

rieurs et formels, que par ce sens interne spécial qu'on appelle l'équité. Il n'est pas possible de ne pas tenir compte de l'opinion personnelle de la personne obligée. Et même quand le préjudice est tout intellectuel, on ne voit pas trop comment cette opinion ne serait pas la seule en jeu ; aussi voyons-nous que dans ce cas la production est pratiquement un simple fait volontaire et jamais forcé. Quand le préjudice prend une forme plus matérielle, on admet, comme dans la théorie du compulsoire, que les juges puissent l'estimer et se décider en conséquence ; mais alors, remarquons-le, le document demandé se trouve, en fait, en dehors du pouvoir direct de la personne et est confié à un mandataire. Toutefois, jamais on ne pose en cette matière une règle précise et formelle, parce qu'une règle est toujours générale et ne saurait s'adapter à l'infinie diversité des espèces particulières sans risquer de détruire l'harmonie et l'équilibre du milieu social. C'est pour cela qu'on n'a jamais pu poser autre chose, comme principe, que l'adage cité plus haut, ou les règles du droit de Justinien, celles du droit canonique, toutes dispositions si générales qu'on ne peut guère y voir qu'un précepte pour le juge, et non une règle positive de droit.

La question change au contraire lorsqu'on envisage les rapports de deux personnes unies par un contrat. Pour obtenir la production forcée des moyens de preuve que chacun détient, il n'y a qu'à appliquer les règles générales qui dominent les obligations ; celles-ci doivent être exécutées de bonne foi, et cela suffit à tout expliquer. Mais cela n'amènera-t-il pas une lésion de l'une des parties au profit de l'autre ? Nullement, car lorsqu'on entre dans un contrat, on sait à quoi on doit

s'attendre. Manifester la vérité, c'est en quelque sorte contribuer à maintenir la confiance dans les rapports entre individus. Quand une des parties s'y refuse, c'est qu'elle se sent en faute, et elle doit alors être contrainte à l'exécution. Seulement, ici encore, la mesure est nécessaire : il ne saurait jamais être question que des pièces et documents concernant le rapport de droit envisagé. Ainsi aucune perquisition ne sera autorisée, et la production ne sera pas ordonnée si la partie doit éprouver un dommage ultérieur, dans sa personne ou dans ses biens, dommage qui ne pouvait légitimement entrer dans ses prévisions lorsqu'elle a contracté.

Puisque la production forcée des documents peut ainsi avoir lieu, comment peut-on expliquer que de nombreux auteurs aient refusé de l'admettre ? De ce fait on peut fournir plusieurs raisons. D'abord la tradition, dont le rôle est considérable dans le droit. Cette tradition permettait d'assurer convenablement le droit à la preuve dans le cas du compulsoire, lequel était d'une application plus étendue autrefois que de nos jours. Il semblait donc que la place qui lui était faite était suffisante et on n'allait pas au delà. Mais de nos jours il faut justement chercher quelque chose qui permette d'élargir le principe.

Une autre raison, c'est l'importance exagérée reconnue à l'adage « *Nemo tenetur edere contra se* ». On a voulu donner à ces termes une portée trop grande et s'en servir pour interdire toute production contrainte. Les tendances individualistes y trouvaient d'ailleurs une telle justification qu'elles ont contribué à en élargir le développement extrême. Or ce brocard n'a jamais eu

un pareil sens. M. Valéry nous dit (1): « Si l'on se reporte à la loi 7 au Code, *de Testibus* IV, 20, d'où cette maxime tire selon toute probabilité son origine, et aux commentaires dont ce texte a été l'objet de la part de ses anciens interprètes, on voit qu'elle a été tout d'abord le corollaire naturel de la règle *Actori incumbit onus probandi*. Il est évident en effet que le demandeur ne peut imposer à son adversaire l'obligation de fournir les documents sur lesquels la demande doit s'appuyer. Mais une fois cette maxime formulée, en passant de bouche en bouche, elle a été détournée de sa signification primitive et, sous l'influence de considérations d'un sentimentalisme ridicule, elle a reçu une portée exagérée ». Et le savant auteur présente un exemple typique de ce sentimentalisme dans un fragment de Menochius (*De arbitrariis Judicum questionibus et causis*) d'après lequel la seule justification de la règle est celle-ci: « ...bis interitur qui suo gladio perit et conqueri jure posset ac illud Ovidianum exclamare: *Heu, patior telis vulnera facta meis* ». C'est de la littérature, ce n'est pas du droit. C'est peut-être pour cela qu'on considère cette maxime « comme une sorte d'égide », comme une protection d'autant plus forte qu'elle est moins raisonnée. Mais il faut se mettre en présence de la réalité des choses et dès lors on ne peut manquer de reconnaître que la loi n'a nullement sanctionné le principe ; bien au contraire elle autorise les enquêtes, le serment, qui y sont tout à fait opposés « puisqu'on autorise les juges à intimer

(1) *Traité des contrats par correspondance* (1895), nos 364 à 367, p. 323 à 326.

à un plaideur de venir leur fournir de vive voix, même contre son intérêt, des éclaircissements relatifs au litige».

Une troisième considération est aussi entrée en jeu : Elle est plus lointaine, mais n'est pas moins puissante. C'est la crainte de se voir entraîner plus loin qu'on ne le voudrait par des textes et des actes écrits. Il y a longtemps que la menace mystérieuse des mots pèse sur l'humanité, il y a longtemps que la crainte superstitieuse des écrits a été mise en lumière. Il en reste toujours quelque chose au cœur de l'homme. L'idée en est bien exprimée par ce passage de Goethe où Faust dit à Méphistophélès : « Quelques mots d'écrit m'obligeraient davantage. C'est pourtant à une pareille chimère que notre âme se laisse entraîner ! Qui oserait s'en affranchir ? Heureux celui qui garde fidèlement sa parole en son cœur ! Nul sacrifice ne lui coûte. Mais un parchemin écrit et scellé est un fantôme qui épouvante tout le monde ; un serment n'a de valeur qu'autant que la plume l'a tracé, et l'on mène la foule avec un peu de cire et quatre doigts de peau. » Sous l'image du style, on voit bien cette crainte superstitieuse des mots écrits qui semblent vivre d'une vie propre, extérieure et étrangère à celui qui les a tracés, et qui sont prêts à se retourner contre lui pour le confondre ou l'accuser. Montesquieu l'exprime aussi : « L'écriture est un témoin qui est difficilement corrompu ». Cette crainte des écrits correspond d'ailleurs à un sentiment de révolte bien naturel de l'individu qui cherche à défendre sa pensée. Et ce sentiment doit être considéré à sa juste valeur. Il sera donc nécessaire de déterminer les limites précises dans lesquelles le droit à la preuve pourra s'exercer.

Une conception simpliste rapprocherait le témoignage

et la production des documents. On est tenté, en effet, de dire : puisqu'une personne peut être contrainte de témoigner en justice, pourquoi ne pourrait elle pas être obligée d'exhiber tous les titres écrits qu'elle peut détenir pour servir à la manifestation de la vérité ? Or cette question repose sur une assimilation inacceptable des deux institutions. Les choses ne sont pas les mêmes. Dans un témoignage personnel, la partie ou le tiers interrogés peuvent déclarer tout ce qui leur semble utile pour compléter leurs pensées, donner tout éclaircissement nécessaire pour dissiper les malentendus. Un titre écrit, au contraire, peut être compris diversement par des personnes différentes. Il faut alors distinguer : lorsque le titre a été rédigé dans un but juridique précis, lorsque tous les termes ont pu être pesés mûrement et placés à leur juste valeur, la production du titre ne présentera pas par elle-même d'inconvénient particulier puisque cette production avait été envisagée lors de sa confection. C'est pour cette raison que le compulsoire est admis, que la production des actes sous-seings privés doit l'être aussi, lorsque ce sont réellement des « actes », c'est-à-dire des documents destinés à constater une opération juridique ; que, en matière civile, il ne paraît pas y avoir d'inconvénient à admettre la production d'une pièce de justice criminelle, rapport d'expert ou de commissaire de police, destinée à établir un fait. Mais lorsqu'on veut aller plus loin et étendre la règle aux autres papiers personnels, la question change. Ces titres n'ont pas été rédigés pour servir de preuve, on peut leur faire exprimer une opinion toute différente de celle

qu'avait leur auteur au moment où il les écrivait (1). Ils peuvent même contenir des confidences ou des secrets et dès lors les dangers de la production excèderaient ses avantages. La matière des lettres missives est particulièrement intéressante à ce sujet : ces instruments peuvent rentrer à la fois dans la première ou dans la seconde catégorie : ou bien, en effet, les lettres ont été rédigées en vue de la conclusion d'une affaire, et alors on les considère comme des instruments de preuve au même titre que les actes sous-seings privés si elles en remplissent les formes légales, c'est le cas des lettres commerciales. Ou bien, au contraire les lettres missives ne se présentent pas extérieurement comme des lettres d'affaires et alors nous savons avec quelle difficulté la jurisprudence en admet la production forcée, difficulté qui va jusqu'à l'impossibilité s'il s'agit de lettres confidentielles. L'analyse de l'idée de confiance explique les solutions de fait : c'est parce qu'elles sont susceptibles de contenir des confidences qu'on est si prudent en pratique dans les ordres d'exhibition concernant les lettres ordinaires.

On pourrait cependant faire une grave objection à l'admission du droit à la preuve : ce serait de déclarer qu'il est incompatible avec les principes actuels de notre législation. On serait, en effet, tenté de penser que la notion de propriété, telle qu'elle découle des articles 544 et s. du C. civ., s'oppose à l'admission de ce droit. La propriété étant le droit d'user d'une chose, le fait par

(1) Comp. Beutham, *Preuves judiciaires* (édit. Dumont, Paris 1823), t. 2, p. 273 qui exprime une idée analogue.

une autre personne de se servir de notre chose est une atteinte à notre propriété, qui doit par conséquent être réprimée plutôt que autorisée par la justice. Mais il y a longtemps qu'on a démontré que la propriété n'a pas le caractère absolu que cette théorie lui reconnaîtrait ; on a même déclaré qu'elle n'était qu'une fonction sociale ! Ce qui est plus juste c'est de dire que la propriété, tirant son fondement de la liberté et de la personnalité de l'individu, ne saurait nous conduire à admettre que nous ayons plus de droit sur les choses qui dépendent de nous que sur nous-mêmes (1). Le droit exige impérieusement une mesure et toute mesure est une limitation. Nul ne soutiendra que la liberté individuelle doive être absolue, nul ne peut le soutenir pour la propriété qui en dépend. De même que la liberté n'empêche pas qu'une personne puisse être contrainte de venir témoigner en justice, de même la propriété ne permet pas au propriétaire de s'opposer à ce qu'une autre personne tire de sa chose une utilité personnelle que lui-même serait incapable d'en tirer et qui ne lui cause aucun dommage. Nous sommes bien contraints d'autoriser nos voisins à entrer sur notre propriété, à pénétrer en certains cas sur notre terrain. Ce sont les obligations de voisinage dont l'article 1370 C. civ. parle brièvement et qui ont fait le désespoir des juristes quand il s'est agi de construire juridiquement, car elles

(1) Fouillée. *L'idée moderne du Droit*. « Ramenez la liberté des hauteurs de la métaphysique abstraite, dans le domaine des réalités positives ; elle y prendra une forme nouvelle et un nom nouveau : elle s'appellera la propriété. » De même : Thiers. *De la Propriété*, p. 19 et s.

paraissaient inconciliables avec le caractère absolu qu'ils donnaient à la propriété (1). Il en est de même en matière de propriété des lettres missives ; nous savons qu'on répute le destinataire seul propriétaire des lettres, mais on reconnaît cependant à l'expéditeur un droit sur celles-ci quand il veut les invoquer en justice (2). D'ailleurs peut-on dire réellement qu'il y a usage de la chose d'autrui dans le fait de demander à autrui un document qu'il détient et qui sert à notre preuve ?

A qui appartiendra-t-il rationnellement de consacrer le droit à la preuve ? En matière de droit privé, la preuve est individuelle d'une manière immédiate par son but, elle l'est aussi par ses moyens ; mais elle a en même temps, d'une manière médiate, un but social, plus éloigné, et à ce but correspondent des moyens sociaux qui établiront le droit à la preuve. Seulement la complexité des relations juridiques à harmoniser est infinie ; et il ne nous semble pas possible que la loi puisse poser de nombreuses règles positives. Mais il est un instrument tout trouvé pour appliquer à chaque cas d'espèce les notions de juste et d'injuste et résoudre les difficultés particulières : c'est le juge, dont les pouvoirs personnels nous sont apparus, à toutes les étapes de cette étude, comme une nécessité en cette matière toute de nuance et de mesure. Aussi bien ne soutien-

(1) Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, 1902.

(2) Gény, *Des droits sur les lettres missives*, tome II, attribution du droit à la preuve par les lettres missives et réalisation pratique de ce droit.

drait-on plus de nos jours que la loi doive suffire à tout ; à mesure que la codification s'éloigne dans le passé, on a de plus en plus tendance à recourir au pouvoir d'appréciation discrétionnaire des juges. Et, sans parler des lois récentes, où la tendance sociale est souvent trop accusée, on peut dire que, de tout temps, ce pouvoir a été reconnu. « Même le jurisconsulte, nous dit M. Gény (1), qui représente le type extrême de la « stricte observance », F. Laurent, fait une place fort large aux cas où le juge doit statuer comme ministre d'équité ». « Il n'est pas douteux que le législateur quel qu'il soit, sentant pour certaines solutions le besoin d'une appréciation individuelle consacre, peu ou prou, implicitement tout au moins, le pouvoir discrétionnaire du magistrat. » C'est ce pouvoir personnel du juge qui a permis à la jurisprudence française de maintenir la tradition nécessaire de l'action en exhibition de documents, servant d'application du droit à la preuve, comme il l'avait permis en Belgique et en Italie. Et l'on ne peut soutenir que ce sont de pures constatations de fait qui ont guidé les juges, auquel cas leurs décisions ne présenteraient rien de particulièrement intéressant. Il y a eu vraiment en jeu des principes de droit, principes que la Cour de cassation a repris et confirmés : l'idée de l'équité, l'intérêt de la justice, par lesquels s'explique et se justifie le droit à la preuve.

Que conclure de tous ces développements ? Il est émi-

(1) *Méthode d'interprétation*, op. cit., II, p. 187, texte et note 1.

nemment désirable d'aboutir en droit à des règles positives. Ces règles, la théorie pratique qui fait l'objet du chapitre suivant nous les donnera autant que possible. Pour le moment il suffit de jeter un coup d'œil sur le chemin parcouru.

Nous avons essayé de nous placer d'abord en face des deux conceptions qu'on peut avoir du droit, d'après son but : le droit individuel, le droit social. Nous avons vu qu'il était impossible d'admettre un point de départ unique, parce qu'il serait toujours poussé à l'extrême, et dès lors destructif de l'idée de droit. Cherchant ensuite ce qui caractérisait le droit, nous avons posé que c'était la notion d'équilibre et d'harmonie entre les prétentions individuelles et sociales, et appliquant nos idées au droit à la preuve, nous en avons exclu toutes les notions absolues dans un sens ou dans l'autre, en montrant qu'il était à la fois individuel et social, qu'il produisait la coïncidence des deux intérêts divergents, en vue de la réalisation même du principe de la justice. Nous avons pu ainsi déterminer la relativité des adages « *Onus probandi incumbit ei qui agit* » et « *Nemo tenetur edere contra se* ». Comme le dit M. Lévy-Ullmann : « ces brocards latins, des cendant le cours des âges comme des troncs abandonnés au fil de l'eau, et perdant leur signification primitive, en viennent à vivre d'une vie propre, nouvelle » ; nous avons essayé de déterminer le domaine de cette vie nouvelle. Par dessus tout, enfin, nous avons cherché à harmoniser les nécessités contradictoires : la nécessité de la vérité d'une part, celle de la protection des individus d'autre part et en troisième lieu la nécessité d'un accord avec les principes du droit actuel. Et nous pouvons dire dès lors

que le droit à la preuve se fonde non pas sur une prétention individuelle, non pas sur un pouvoir collectif, mais sur cette interdépendance naturelle qui existe entre les hommes vivant en société. Il est d'autant plus fort que ce lien est plus accusé, tel est le cas de deux individus liés par un rapport de droit; mais il existe en toute hypothèse, même entre personnes étrangères juridiquement les unes aux autres, sauf, alors, à être paralysé éventuellement par d'autres notions juridiques (1). Et l'adage solidariste « *Quod mihi prodest et tibi non nocet, facile concedendum* » nous paraît conforme à la réalité des choses. Le droit reçoit ainsi sa plus haute signification, il réalise l'idée de justice qui seule permet le développement mesuré et harmonieux des individus et des sociétés, il reste également éloigné du sentimentalisme exagéré ou de l'égoïsme ridicule, qui sont toutes deux des doctrines de mort, alors que le droit n'aspire qu'à la vie.

(1) Cette idée est exprimée en ces termes par M. Gény, à l'occasion des droits sur les lettres missives : « Pareil intérêt (l'intérêt social que consacre juridiquement le droit à la preuve) est des plus diffus en ce sens qu'il se peut rencontrer chez toute personne ayant à démontrer les conditions d'existence d'une prétention juridique quelconque. Et il apparaît légitime de soi... A vrai dire, semblable faculté s'affirme en face de tous modes de preuve, quels qu'ils soient, et ne trouve à propos des lettres missives qu'une occasion entre mille de s'exercer », *op. cit.*, t. II.

CHAPITRE II

Application pratique du droit à la preuve.

Théorie générale de l'action ad exhibendum en droit moderne.

Après avoir étudié en détail les législations et les jurisprudences étrangères ou françaises, après avoir tenté de remonter aux principes rationnels, il est nécessaire maintenant que nous résumions toutes les idées exposées au cours de cette étude, et que nous essayions d'établir la théorie générale de l'action *ad exhibendum* en droit moderne, application pratique du droit à la preuve. Les solutions de ce chapitre concerneront donc autant le droit français que le droit comparé, bien que le droit français ait été, ce qui est tout naturel, le but normal de nos efforts.

Nous avons dit que cette action ne présentait plus d'intérêt pratique dans la législation en ce qui concerne l'exhibition des objets mobiliers ou celle des personnes ; les quelques décisions citées, n'ont qu'un intérêt documentaire ; en cette matière il est tellement plus facile de faire intervenir la justice répressive ou la police, que l'action *ad exhibendum*, en tant que moyen civil de droit, n'a plus de grandes chances d'être utilisée.

Au contraire l'intérêt de la question est très important en ce qui concerne l'exhibition des documents : celle-ci est de nos jours la consécration pratique la plus manifeste du droit à la preuve. Ainsi les institutions juridiques vivent d'une vie propre qui leur permet de s'adapter aux conditions du milieu social auquel elles sont destinées. Conçue tout d'abord à Rome en un sens tout matériel, l'action *ad exhibendum* servait à protéger le droit de propriété en facilitant sa preuve. Elle s'est peu à peu étendue à la preuve de tous les autres droits, en s'écartant lentement du principe tout matériel qui l'avait fait admettre ; elle consacre maintenant un droit tout intellectuel, le droit à la preuve, lequel se rattache à tous les autres droits, et fait partie en quelque sorte des prérogatives générales de l'homme.

A *qui l'action appartient-elle ?* Elle doit être accordée à toute personne qui a un intérêt sérieux à ce qu'un document lui soit présenté. Mais comment appréciera-t-on cet intérêt ? c'est l'instance même à laquelle cette demande est incidente qui en fournira la mesure. Ainsi l'appréciation de l'intérêt ne sera pas une opération purement individuelle ; elle sera faite par le juge, sur les propositions et avec les éléments qui lui sont fournis. En effet, si le droit à la preuve, lorsqu'il s'agit d'un objet matériel, peut sans inconvénient être exercé par voie principale, il n'en va pas de même quand il s'agit d'un titre ou d'un document, dont la valeur, bien souvent, réside dans le secret des dispositions qui y sont contenues. Pour que le juge puisse pleinement apprécier l'importance de chacun des droits en présence : droit à la preuve, droit au secret, il faut, en ce qui concerne

le premier, qu'il connaisse exactement le but auquel il tend et pour cela une instance principale est nécessaire.

Ainsi la demande est bien l'œuvre d'un particulier, elle a bien en vue des intérêts personnels, mais elle n'est vraiment une action que lorsque le juge l'a sanctionnée, et il a pour cela un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Le double caractère individuel et social du droit à la preuve apparaît donc bien dans la détermination du titulaire du droit. Mais c'est, cependant, toujours un droit au sens individuel du mot, si l'on admet la définition de Ihering qui déclare que « les droits sont des intérêts juridiquement protégés ». Seulement la protection juridique n'est pas enclose dans des règles strictes ou dans les articles d'un Code, parce que l'exercice du droit à la preuve suppose l'entrée en jeu de multiples facteurs dont il s'agit de mesurer chaque fois la valeur et la puissance. Or cette mesure n'est pas la faite de la loi, qui est trop extérieure et objective pour cela.

Contre qui l'action peut-elle être exercée ? Il faut ici distinguer deux cas : celui de l'action dirigée contre le contractant et celui de l'action dirigée contre un tiers.

C'est un droit général de chaque personne que le droit au secret. Il est nécessaire, pour assurer à chaque individu le libre développement de ses facultés, qu'on lui reconnaisse le droit de s'opposer à l'intrusion d'autrui dans ses affaires, le droit de fermer ses pensées et de soustraire sa vie à la curiosité ou au contrôle des autres personnes. Puisque le droit a pour but de réaliser le bien-être général, il doit, avant tout, accorder à chacun ce bien fondamental qu'on appelle la liberté, et la liberté est incompatible avec le contrôle incessant, même s'il n'est qu'éventuel. Seulement nous savons aussi que la

liberté doit être maintenue dans de justes limites, elle ne doit pas dégénérer en licence, c'est-à-dire en pouvoir absolu et déréglé. « Le droit, dit Bufnoir, c'est l'ensemble des règles auxquelles est soumise, sous la sanction du pouvoir social, la liberté de l'homme en conflit avec la liberté d'autrui ». Par conséquent si la liberté est relative, réduite à une proportion convenable le droit au secret qui en découle sera limité aussi. Son contenu est négatif, il s'oppose à une prétention d'autrui, mais il n'est pas indéfiniment négatif, il cède lorsqu'un droit plus fort se dresse devant lui. Et cet effacement du droit au secret se produit à deux degrés, correspondant à la distinction placée plus haut :

1° Lorsque la personne est engagée dans les liens d'un rapport de droit avec un autre individu, elle est tenue d'une obligation toute particulière en ce qui touche la constatation de ce rapport de droit, et elle ne peut invoquer à ce sujet son droit au secret. Ceci ne veut d'ailleurs pas dire qu'elle ne puisse s'opposer à la prétention de son adversaire, mais ce sera par d'autres moyens. Elle s'y opposera en partant, non pas d'un droit négatif au secret, mais d'une considération plus matérielle et positive, celle du préjudice éventuel que la satisfaction donnée à la demande de l'autre partie est susceptible de lui causer dans l'avenir. En d'autres termes le refus de production de la part du co-contractant ne doit pas s'appuyer sur une volonté arbitraire de sa part, mais sur un élément extérieur de dommage susceptible d'être apprécié objectivement.

2° Au contraire lorsqu'on demande la production d'un document à un tiers, à une personne avec laquelle aucun lien précis de droit ne nous rattache, ce tiers est fondé

à opposer le droit au secret qui lui appartient et ce droit ne cédera que devant un intérêt supérieur. Seulement cet intérêt supérieur sera très rarement individuel : si, en fin de compte, il doit profiter à l'individu, il n'en est pas moins fondé sur quelque chose qui dépasse l'individu. Ainsi lorsqu'on accorde l'action en exhibition contre un tiers, au cas de fraude ou de dol, c'est assurément dans le but de servir un intérêt privé, mais la fraude et le dol mettent en jeu l'intérêt de la société. Cela nous explique pourquoi, dans certains cas, la jurisprudence française n'a pas voulu fixer de principe général et s'est bornée à réparer le dommage causé par le refus de produire, plutôt qu'à ordonner cette production. C'est que dans les différents cas qui se présentaient, l'intérêt social en jeu n'apparaissait pas comme suffisant pour autoriser de pareils ordres. Cela apparaît bien dans la décision de la Cour de Paris en 1910, qui refusa d'autoriser une apposition de scellés au domicile d'un tiers : on n'y excipait que d'un intérêt personnel, et non pas d'une lésion particulièrement grave provenant d'une fraude déterminée et mettant en péril l'harmonie nécessaire des rapports sociaux ; la prétention était insuffisante. De même en Italie, l'arrêt de la Cour de cassation de Rome rejetant la demande du sous officier qui se prétendait lésé par des nominations faites en dehors de la loi, s'appliquait à une affaire où la lésion sociale produite par l'illégalité n'apparaissait pas d'une manière sûre, puisqu'aucune précision n'était fournie sur les nominations incriminées (1).

(1) Voir *supra* pages 193 et s., et 92 et s.

Au point de vue historique, comme en droit comparé, nous avons vu qu'il faut pour l'admission de l'action *ad exhibendum* un rapport de droit préexistant entre les personnes. C'est notamment la règle formelle du Code allemand, celle qui paraît aussi ressortir de la jurisprudence anglaise. Il peut sembler dès lors que nous dépassons sensiblement cette règle dans les conclusions générales auxquelles nous arrivons. Il n'en est rien : une règle précise d'un Code, une règle tirée de la jurisprudence ne peuvent s'appliquer qu'à un élément extérieur, c'est à dire à une personnalité, un individu. On y fait abstraction du point de vue social, mais celui-ci reste cependant toujours présent. C'est pourquoi nous avons vu les droits positifs des pays étrangers s'occuper surtout des rapports des parties entre elles et très peu des rapports avec un tiers. Au contraire, lorsque nous avons pénétré dans l'étude des jurisprudences belge, italienne et française, nous avons aperçu la seconde question. Celle-ci se rattache à une idée de solidarité qu'on ne peut que difficilement couler dans une loi positive, à moins de lui donner une forme excessivement générale, et dans ce cas il n'est plus nécessaire de la formuler parce qu'elle s'impose d'elle-même.

La même distinction entre le point de vue personnel et le point de vue social va nous permettre de déterminer *l'objet de l'exhibition*. Quand on invoque un intérêt purement personnel, et que l'idée sociale n'est pas très précisément en jeu, c'est-à-dire dans les rapports ordinaires de droit privé desquels on exclut toute idée de fraude, de dol ou d'illégalité, l'objet de l'exhibition devra être très nettement précisé et désigné. Ce seront les documents et titres qui concernent le rapport de

droit envisagé, les actes juridiques à proprement parler, lettres d'affaires, livres de commerce ou livres domestiques, papiers de tout genre, bordereaux, factures, etc..., dont on indiquera précisément le contenu ou la forme, de manière à les bien individualiser. Par là d'ailleurs on montrera encore l'intérêt que l'on a à leur production, car le fait même de connaître avec de tels détails l'objet à exhiber, joint aux circonstances de l'instance, établira déjà qu'on n'agit pas, poussé par la simple curiosité.

Mais si l'intérêt social (lequel, répétons-le, est cependant toujours en jeu dans l'exercice du droit à la preuve), prend une place considérable dans l'instance, s'il s'agit d'une affaire de délit, fraude, dol etc..., alors le demandeur pourra se contenter d'établir une présomption en sa faveur dans l'esprit du juge, et il n'aura quelquefois pas à déterminer avec autant de précision le nombre, le contenu et la forme des documents envisagés. Il y a de cela une explication très simple : c'est qu'exiger de lui un tel nombre de détails, serait souvent l'empêcher de manifester la vérité, et que dans l'hypothèse qui nous occupe la vérité importe tout spécialement. Remarquons encore que le juge agira toujours avec prudence, et que, au surplus, le cas sera rare, l'hypothèse la plus pratique étant celle que nous avons placée en premier lieu.

L'exercice de l'action *ad exhibendum* suppose la mise en jeu de la preuve. Il faudra que le demandeur établisse le bien-fondé de sa demande ; mais il ne saurait s'agir ici d'une preuve entière, puisque cette preuve doit être obtenue par l'action elle-même. Ce sera donc une vraisemblance plus forte en sa faveur qu'il établira devant le juge. Ainsi le caractère social du droit à la preuve

reparaît toujours : tout se passe comme si les efforts individuels du plaideur étaient complétés par une volonté sociale pour aboutir en fin de compte à l'ordre d'exhibition donné par le juge. Cependant, aux prétentions du demandeur, le défendeur doit pouvoir opposer les siennes. Mais il s'agira beaucoup moins pour lui, dans sa défense, d'opposer des exceptions touchant au fond de la question, que d'établir l'impossibilité matérielle ou morale où l'on est de le contraindre à pareille production. Toutes les preuves judiciaires sont relatives; ce n'est qu'un degré plus ou moins grand de certitude dans l'esprit du juge qui lui permet de se décider. Mais dans l'action *ad exhibendum*, il y a une relativité double : à celle qui est normale dans toute preuve judiciaire, s'ajoute ce fait que ce n'est pas avec une certitude psychologique interne que le juge se décide, c'est en se fondant sur une simple présomption (1).

Et ceci nous amène à déterminer la *mesure de ce droit*. Oh ! bien certainement il ne saurait être question de règles précises en cette matière toute de nuances et d'appréciations individuelles. Cependant il est des différences suivant les cas, que l'on peut fixer d'avance : Quand un intérêt tout particulier est en jeu, le juge qui fait droit à la demande devra tenir compte à la fois des prétentions du demandeur et des droits du défendeur ; ce sera le conflit du droit à la preuve et du droit au secret. Il sera résolu souvent par une communication

(1) C'était la solution du droit romain. Neratius, cité par Ulpien, D. 10.4.3, § 11, déclare que le juge doit se demander « *an actor iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret* ».

des pièces au tribunal seul, et non à la partie ; alors en effet, l'atteinte au secret sera moins grave et le résultat non dommageable aux particuliers (1). Quand, au contraire, il s'agira, avant toute chose, d'établir la vérité sur un point déterminé, il y aura en principe moins de ménagements à garder ; en fait d'ailleurs ce seront les circonstances de la cause qui le plus souvent dicteront la décision. Ce qu'on ne doit surtout pas oublier, c'est que le droit à la preuve est susceptible d'être satisfait de multiples façons, alors que l'atteinte au secret est toujours irrémédiable.

Quant à *la sanction du droit à la preuve*, elle aussi est susceptible de prendre diverses formes. Le refus d'exhibition peut causer des dommages de valeurs très différentes. S'il n'y a qu'un préjudice relativement léger, si le demandeur peut établir sa preuve par d'autres moyens et arriver à créer une suffisante certitude dans l'esprit du juge, le refus du défendeur pourra n'entraîner contre lui qu'une simple présomption défavorable qui viendra, en quelque sorte, renforcer la preuve du demandeur, de façon que, par son refus même,

(1) Une grave question se pose alors. Est-il possible de déroger ainsi aux règles ordinaires de la procédure contradictoire ? Il nous semble que oui, si l'on admet que les juges, même civils, sont investis d'un pouvoir spécial, sorte d'*imperium*, qui leur permet d'être supérieurs aux parties tout en restant les arbitres des contestations privées. Voir à ce sujet la discussion intéressante de la question dans Legris, *Des lettres missives*, 2^e édit., 1894, p. 208 et suiv. avec jurisprudence et doctrine citées. — Parmi les Codes étrangers étudiés par nous, le Code de procédure civile de Russie établissait expressément cette solution du problème. *Supra*, page 82, note 1.

l'autre partie collaborera à la preuve du plaignant. Si le refus d'exhibition porte un préjudice plus considérable au demandeur, et que ce préjudice soit susceptible d'être apprécié pécuniairement, la partie lésée pourra demander et obtenir les dommages-intérêts en réparation du dommage qu'elle a éprouvé.

Mais, en toute hypothèse, quand le juge a donné un ordre, il doit s'exécuter. Aussi le refus d'exécution peut-il entraîner l'application d'une astreinte contre le défendeur et au profit du demandeur. C'est là un moyen violent, mais efficace, qui correspond bien à l'obligation qui pèse sur le défendeur. De tous les éléments de notre étude il est en effet ressorti que cette obligation était une obligation de faire (1), c'est-à-dire qu'elle astreignait le débiteur à une prestation positive à fournir au créancier. Comme nous savons qu'en matière privée il est impossible d'aller jusqu'à la perquisition, il faut bien reconnaître aux juges un moyen d'agir sur la volonté du débiteur pour l'amener à l'exécution. Il ne semble pas possible de leur refuser ce pouvoir, car les juges, arbitres des différends entre les particuliers, sont en même temps les représentants de la puissance publique ; en cette qualité, on ne saurait leur dénier le droit

(1) En règle générale les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts ; on peut influencer sur la volonté du débiteur par une astreinte. Il y a même des cas où par suite de conditions spéciales l'exécution en nature est possible malgré le refus du débiteur : ainsi une promesse de vente peut être déclarée transformée en vente, si les conditions sous lesquelles elle a été faite sont réalisées, et malgré le refus de consentement de la partie. .

de donner des ordres, et cela surtout quand l'intérêt en jeu est non seulement individuel, mais social.

Enfin les différentes considérations développées nous permettent de dégager la *nature juridique* de cette institution. Si nous considérons l'obligation dans la personne du débiteur, elle ne prend naissance ni par sa volonté, ni par la volonté de celui envers qui il est obligé. Elle rentrerait par conséquent dans la catégorie des obligations prévues par le Code civil, à l'article 1370, au titre des « obligations qui se forment sans convention ». Certains auteurs italiens y voient une obligation dérivant de la loi, et nous avons exposé plus haut l'explication donnée par Giorgi. Il nous semble qu'il vaudrait mieux dire « *obligations naissant de la solidarité sociale* », ce terme faisant ressortir le caractère social qui est en jeu. A ce groupe appartiennent par exemple les obligations de voisinage, celles des « tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée » (art. 1370), les différentes obligations alimentaires dans la famille, toutes obligations qui faisaient d'ailleurs partie de la catégorie des « *Variæ causarum figuræ* » dans la classification du droit romain.

CONCLUSION

« Exclure toute vexation, c'est exclure tout gouvernement. Prétendre faire des lois qui n'entraînent aucune vexation, c'est le projet d'un insensé ; mais supprimer toute vexation prépondérante, toute vexation superflue, c'est le but que la raison se propose, et auquel on ne peut arriver qu'en réunissant les affections du philanthrope au génie du législateur ». Ainsi s'exprime Bentham dans son traité des preuves judiciaires ; cette idée domine et dominera de tout temps la justice et le droit tant qu'ils resteront dans la vérité de leur mission et qu'ils n'en seront pas détournés par les volontés individuelles. On ne saurait mieux conclure cette étude du droit à la preuve que par cette citation, puisque nous nous sommes efforcés de montrer que, s'il pouvait y avoir vexation, ce n'était jamais une vexation prépondérante et superflue et qu'elle se renfermait dans des limites étroites. Bien que ces limites, variables par leur nature suivant les cas d'espèce, ne puissent être énoncées avec la rigueur mathématique d'un principe de loi, l'esprit les saisit et nous avons essayé de les décrire.

Par là se trouve réalisée en partie cette pénétration de l'idée de justice et de vérité dans le droit positif, qui doit être le but de toute l'évolution juridique. A vrai dire nous ne croyons pas que cette pénétration ait été jamais absente, car la notion de Droit ne nous paraît pas pouvoir être séparée de celle de Juste, sinon par un artifice de l'esprit qui ne correspond à rien de réel. Le

droit n'est rien sans la justice. Si nous insistons sur ce point, c'est que de nombreuses écoles se sont efforcées de séparer les deux choses, en prétendant donner au droit positif le simple fondement de la contrainte sociale, c'est-à-dire en définitive consacrer le régime de la force. Fondé sur l'idée de justice, le droit à la preuve reçoit au contraire une base inébranlable, et cela nous a permis d'expliquer rationnellement les applications relativement nombreuses de l'action *ad exhibendum* que nous avons rencontrées au cours de cette étude, cela nous a permis aussi de déterminer la nature juridique de l'obligation qu'elle consacre et que nous avons reconnu appartenir au groupe des obligations naissant de la solidarité sociale.

L'intérêt pratique de cette institution est évident, disions-nous dans notre introduction ; cet intérêt pratique nous apparaît d'autant plus que nous connaissons mieux maintenant la véritable portée de l'adage « *Actori incumbit onus probandi* ». La charge de la preuve pèse sur toute personne qui cherche à faire triompher en justice ses prétentions, mais cette charge n'est pas illimitée, elle est répartie entre les plaideurs, normalement plus forte pour le demandeur, elle n'en existe pas moins pour le défendeur ; il est possible aussi, mais c'est plus difficilement admis, de demander à un tiers de nous aider dans la preuve de nos droits et même, parfois, on peut l'exiger de lui¹. Ce n'est donc plus une simple opération individuelle que la preuve : elle reçoit désormais un caractère social et général qui en fait assumer la charge par d'autres individus que le demandeur, et la même idée de solidarité, qui permet de donner la mesure des droits, permet aussi de détermi-

ner le domaine de l'action *ad exhibendum*, par laquelle on obtient la réalisation du droit à la preuve.

Est-ce à dire alors que nous devons bouleverser les fondements du monument juridique ? Ce serait une mesure fort grave, car une construction qui a traversé tant de siècles sans être vraiment ébranlée, a droit au respect, et contient en elle-même certainement une part fort importante de vérité. On n'y saurait toucher qu'avec une extrême prudence. Mais est-il même besoin d'y toucher ? Ne peut-on pas expliquer par un droit général de tout individu ce qu'on pourrait être tenté d'attribuer à une volonté supérieure du groupe social ? Etat ou société n'ont point d'autre fondement que les individus qui les composent ; c'est regarder les choses sous un angle trop spécial que les déclarer toujours antagonistes : le but normal du droit est de permettre à chacun le maximum de développement personnel compatible avec celui d'autrui et tel est aussi le but de la société. Et l'on arrive ainsi à la théorie juridique des droits de la personnalité. On entend par là, selon M. Gény, un droit général, une sorte de faculté d'ensemble inhérente à l'homme et contenant en puissance les divers droits qu'il réalise par sa volonté. Parmi eux le droit à la preuve a sa place toute naturelle. Il forme une garantie générale, permettant à chacun d'obtenir la reconnaissance des divers droits qui lui appartiennent. Non seulement ce n'est pas un droit nouveau, une prétention sociale qui vienne s'imposer aux individus, mais c'est la reconnaissance de ce qu'il y a de plus intime dans la personne, une protection fort étendue qui s'adapte à tous les autres droits spéciaux et ne peut trouver son fondement que dans l'individu lui-même.

C'est l'aspect de la notion de Droit, regardée du côté de la réalisation, et loin de bouleverser l'édifice, comme on pourrait le craindre, le droit à la preuve le consolide et le fortifie.

Si l'arbitraire est un mal profond, l'injustice ou la routine en sont d'autres tout aussi graves ; appuyés sur la conception traditionnelle du droit, sans nous y asservir, nous aurons ainsi évité le premier d'entre ces maux, avec le danger de l'incertitude qui en est la conséquence, mais nous ne tomberons pas dans les autres, parce que nous voulons constamment vivifier le droit à ses sources morales, et par ces « vérités rationnelles dont il ne peut pas se passer sans perdre en quelque sorte son centre de gravité » (1). Peut-être apparaîtra-t-il que nous avons ainsi réalisé le rôle que nous réservions, dans notre introduction, à l'interprète du Droit ! Pour nous, nous avons été constamment dominés par cette pensée que la science si difficile, qui préside aux rapports des hommes, doit être l' « *ars boni et æqui* » célébré par les Romains, la science du bien et de la mesure, laquelle a toujours été l'objet des espérances ou des aspirations des peuples.

VU : *Le Doyen,*

F. LARNAUDE.

VU : *Le Président,*

R. DEMOGUE.

VU et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

(1) Bonnecase, *La notion de Droit en France au XIX^e siècle*, p. 30.

BIBLIOGRAPHIE

- LESSONA. — *L'azione esibitoria* (Extrait de la *Rivista pratica di Dottrina e Giurisprudenza*). Naples, in-8°, Marghieri, 1903.
- LESSONA. — *Trattato del Prove*, Florence, in-8°, t. I (3^e édit. 1914), n° 63 et suiv., pages 97 et suiv.
- PACIFICI MAZZONI. — *Istituzioni di Diritto civile italiano*, (5^e édit.), t. IV, p. 250 et s.
- GIORGI. — *Teoria dell' Obligazioni* (7^e édit. 1910), t. VI, n° 38 et suiv.
- DIGESTO ITALIANO. — *V^o Actio ad exhibendum*. T. IV-2, p. 770 et suiv.
- ENCYCLOPEDIA OF THE LAWS OF ENGLAND. — *V^o Discovery of documents*.
- HALSBURY. — *The Laws of England*, v^o *Discovery*, t. XI.
- ROSS (R. E.). — *The Law of Discovery*, in-8°, Londres, 1912.
- BEST. — *On Evidence*, 8^e édit. avec la collaboration de LELY et des notes sur les « Cases » Américains et Canadiens de CHAMBERLAYNE. Londres, in-8°, 1893.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch* (3^e édit.). Berlin, 1907, t. II, p. 918 et s.
- CODE CIVIL ALLEMAND. — (Traduct. franç.) tome II. Paris, 1906, art. 809 à 811, p. 360 et s.

- ENDEMANN. — *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (3^e édit.), Berlin, 1899, t. I, n^o 197.
- DIERSCHKE. — *Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung nach B. G. B. dans Fischers zwanglosen Heften*, 1901.
- DEMELIUS. — *Die Exhibitionspflicht in ihren Bedeutung für das classische und heutige Recht*, in-8^o. Gratz, 1872.
- LEHR. — *Eléments de Droit civil russe*. Paris, in-8^o, 1890, t. II.
- HABERSTICH. — *Manuel du droit fédéral des Obligations* (traduct. Gilliéroü). Moudon, in-8^o, 1890, t. III, p. 578 et suiv.
- SCHNEIDER et FICK. — *Comment. du Code fédér. des Oblig.* du 30 mars 1911, (adaptation française de la 4^e édit. allemande par M. PENET). Neuchâtel, in-8^o, 1916, t. II, sur l'art. 879.
- PANDECTES BELGES. — V^o Action *ad exhibendum*, tome V.
- GENY. — *Des droits sur les lettres missives*, in-8^o, Paris, 1911, 2 vol. (Le droit à la preuve est traité dans le 2^e volume).
- VALERY. — *Traité des contrats par correspondance*, in-8^o, Paris, 1895, n^o 364 à 367.
- BENTHAM. — *Preuves judiciaires* (édit. Dumont), in-8^o, Paris, 1823, t. 2, p. 273, 346 et suiv.
- LE POITTEVIN. — *De la communication des procédures criminelles*, *Journal des Parquets*, 1893.
- MERLIN. — *Questions de Droit*, v^o Action *ad exhibendum*, t. VII, p. 72 et suiv.
- GUYOT. — *Répertoire de jurisprudence*, v^o Représentation d'actes, t. XV (article de Merlin).

DEMOGUE. — *Les Notions fondamentales du Droit Privé*,
Paris, in-8°, Rousseau, 1911, pages 542 à 565.

DEMOGUE. — *Les Obligations* (en cours d'impression),
t. III, n° 210 à 219.

BONNIER et LARNAUDE. — *Traité des Preuves*, in-8°,
Paris (5^e édit. 1888), n°s 746, 776 et 919.

Sur les points de détail consulter les ouvrages cités
en note.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — L'action <i>ad exhibendum</i> et le droit à la preuve dans le droit romain et dans l'ancien droit	20
Section I. — L'évolution du droit romain en ce qui concerne l'action <i>ad exhibendum</i> . — Exhibition de choses et de documents, leur fondement	22
Section II. — L'action <i>ad exhibendum</i> dans l'ancienne France. — Droit canonique et coutumier. — Disparition de l'exhibition des choses. — La représentation des actes, secret des notaires et procédure du compulsoire	36

PREMIÈRE PARTIE

Législations et jurisprudences des pays étrangers.

CHAPITRE I. — La procédure de <i>Discovery</i> dans les législations anglo-saxonnes. — Origines, lois en vigueur, règles positives actuelles	49
Appendice. — Droits américain et canadien . . .	59

CHAPITRE II. — Législation germanique : <i>Vorlegung von Sachen et Urkundenedition</i> . — Historique, étude du C. civ. All. art. 809, 810, 811	60
Appendice. — 1 ^o Droit autrichien, 2 ^o Droit suisse (fédéral et cantonal), 3 ^o Pays scandinaves et Russie.	77
CHAPITRE III. — Législations proprement latines . . .	83
Section I. — Doctrine et jurisprudence italiennes. . .	83
Section II. — Jurisprudence belge.	95
Section III. — Autres législations (Espagne, Portugal, Argentine, Roumanie, Serbie, Grèce, Hollande, Brésil).	102
Appendice. — Droit musulman (Algérie, Tunisie, Maroc)	107
CHAPITRE IV. — Conclusions générales de droit comparé. — Classification des législations, règles qu'on en peut tirer	112

DEUXIÈME PARTIE

Etude du droit français contemporain.

L'obligation d'exhiber une personne ou une chose et ses rares applications de nos jours	118
CHAPITRE I. — L'obligation d'exhiber un document entre deux contractants ou deux plaideurs. — L'obligation générale de bonne foi peut servir de base	126
Section I. — Règles précises de droit positif. — Communication des pièces dans un procès. — Représentation et communication de livres de commerce. — Reddition de comptes. — Vérification d'écritures. — Droits des associés, des héritiers. — Question des registres et papiers domestiques	129
Section II. — Application pratique des règles positives. — Mouvement d'élargissement de ces règles : idées de communauté de titre, de mandat ou	

d'équité et d'intérêt de la justice. — Application de ces idées aux hypothèses visées à la section précédente, et aux lettres missives. — Règles générales dégagées. — Obligation de fournir des certificats. — Sanctions possibles.	144
CHAPITRE II. — L'obligation d'exhiber un document pesant sur une tierce personne.	172
Section I. — Action <i>ad exhibendum</i> dirigée contre un tiers officier public. — La procédure du compulsoire, le secret des notaires	174
Section II. — L'obligation d'exhiber un document pesant sur un tiers simple particulier. — Le droit au secret. — Comparaison avec le témoignage. — Notion de confidence. — Admission de l'action au cas de dol, fraude, ou s'il y a des considérations morales. — Obligation de produire des testaments. — L'inviolabilité du domicile. — Apposition de scellés au domicile d'un tiers. — Influence de l'idée de fraude. — Sanctions. — Règles générales dégagées	181
Appendice. — La communication des archives et des actes administratifs	198
CHAPITRE III. — Communication d'une procédure criminelle au cours d'une instance civile. — Le secret de l'instruction et les prétentions individuelles. — Force probante des actes de l'instruction criminelle. — I. Jugements et arrêts criminels lus en audience publique. — II. Pièces d'une instruction en cours. — III. Pièces d'une instruction clôturée. — Tendance moderne à limiter le secret de l'instruction et les droits des Parquets	200
CHAPITRE IV. — Prérogatives de l'Etat en matières fiscales. — Le régime des boissons. — Taxes sur les douanes. — Lois fiscales sur les sociétés commerciales.	

— Mutations par décès. — Impôt sur le revenu. —	
Impôt sur le chiffre d'affaires	223
CHAPITRE V. — Considérations générales	232

TROISIÈME PARTIE

Essai d'une théorie générale du droit à la preuve.

CHAPITRE I. — Fondement rationnel du droit à la preuve.	
— Critique de l'individualisme, critique du droit social. — Le droit est une harmonie entre les deux conceptions, il n'a rien d'absolu. — Le droit à la Preuve est à la fois individuel et social. — Comment expliquer que de nombreux auteurs aient refusé d'admettre la production forcée des documents ? — Objections qu'on pourrait faire et réfutation. — A qui appartiendra-t-il de consacrer le droit à la preuve ?	
Les pouvoirs du juge.	243
CHAPITRE II. — Application pratique du Droit à la Preuve. — Théorie générale de l'action <i>ad exhibendum</i> en droit moderne. — A qui appartient le droit ? Contre qui ? Objet de l'exhibition. — Preuve. — Mesures et sanctions du droit. — Nature juridique de l'obligation.	269
CONCLUSION.	280
